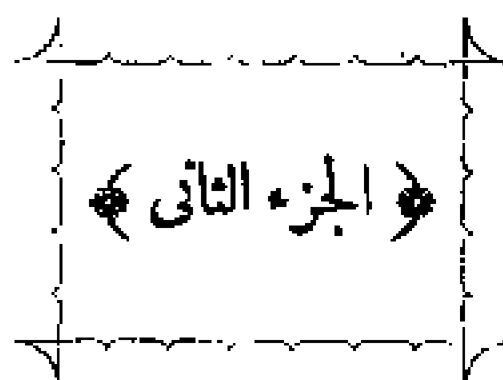
شرح
الأحكام الشرعية
في الأحوال الشخصية

تأليف

محمد زيد الأبياني

مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية



﴿ الجزء الثاني ﴾

الطبعة الاولى في شهر محرم الحرام سنة ١٣٢١

١٣٢١ هـ مطبعة الشعب بشارع محمد علي بمصر ١٩٠٣ م

﴿ الكتاب الرابع في الاولاد ﴾

(الباب الاول في ثبوت النسب)

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح ﴾

قال تعالى : (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا) فمن تأمل فى هذه الآية ظهر له جلياً حكمة قصر المرأة فى التزوج على رجل واحد اذ بهذا يمكن كل شخص ان يعرف من انتسب اليه من أى جهة كانت فبالتوالد تتكون الشعوب والقبائل ويقوم كل بما يلزم الآخر من التربية والنفقة والخدمة وغيرها عند الاحتياج ولذا عُني الفقهاء بثبوت النسب وبينوا أحكامه أتم بيان ولما كان لا يتأتى الا بعد الحمل فى مدة مخصوصة استنبطوها من الكتاب والسنة حتى بينوا الاحكام عليها فقالوا أقل مدة الحمل ستة اشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان واستدلوا على الاول بقوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً» مع قوله في آية اخرى (وفصاله في عامين) فاذا طرحنا مدة الفصال التى هى عامان من مدة الحمل والفصال التى هي ثلاثون شهراً بقي ستة أشهر وهى أقل مدة الحمل . واستدلوا على الثانى بالمشاهدة وعلى الثالث بقول السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها « ما تزيد المراة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل »وظل المغزل

مثل للقلة لانه في حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال انظر مادة (٣٣٢)

وينبنى على ذلك انه اذا تزوج رجل بامرأة وكان العقد صحيحاً ثم ولدت فلا يخلو الحال من احد امرين الاول أن تأتى به لستة اشهر فاكثر من حين العقد .الثاني أن تلده لاقل من ستة اشهر

فان كان الاول ثبت نسبه من الزوج سواء ادعاه اولا وسواء دخل بالزوجة او لم يدخل وسواء وجد الزوج والزوجة فى بلد واحد أو في بلدين ولو بعدت المسافة بينهما وذلك لان الفراش موجود فى المدة الكافية لتكوين الجنين وقد قال عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش) وفى بعض ذلك من الستر على الاعراض ومراعاة مصلحة الولد ما لا يخفى . وقال الامام مالك ان الزوجة اما ان يكون مدخولا بها او لا فان كان الاول ثبت النسب وان كان الثانى فاما ان يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها او لا . فان كان الاول وجاءت الزوجة بولد لتمام ستة اشهر او الا خمسة ايام ثبت النسب ايضاً وان كان الثاني فللزوج ان ينفيه بدون لعان ولا يخفى ما في هذا المذهب من الدقة

وان كان الثاني وهو ما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من حين العقد فلا يثبت نسبه لان زمن الفراش لم يبلغ اقل مدة الحمل واذن يكون مبدأ الحمل سابقاً على العقد نعم اذا اعترف الزوج بانه ابنه ولم يصرح بانه من الزنا يثبت نسبه وان كان هذا غير متأت في الظاهر ولكن لتصحيح اقراره يحمل على ان الحمل قد حصل فى فراش آخر سواء كان بعقد صحيح او وطء بشبهة

(مادة ٣٣٢) أقل مدة الحمل ستة اشهر وغالبها تسعة اشهر واكثرها سنتان شرعاً

مراعاة لمصلحة الولد وتصحيح كلام العاقل ما امكن انظر مادة (٣٣٣)

وقد علم مما تقدم ان الزوجة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت العقد الصحيح فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا ادعاه غير مصرح بانه من الزنا واذا ولدت لتمام ستة اشهر او اكثر ثبت انه ولده وان لم يدع نسبه ولكن يجوز له ان ينفيه اذا تحقق انه ليس منه فان لم يتحقق ذلك فلا يجوز له نفي نسبه كما انه يحرم على الزوجة ان تدخل على قوم زوجها من ليس منهم للوعيد المترتب على ذلك فى قوله عليه الصلاة والسلام «ايما امرأة ادخلت على قوم زوجها من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الاولين والآخرين» ومع ذلك فلا ينتفي نسب الولد بمجرد نفيه بل لا بد من اللعان الآتي بيانه في شرح مادة (٣٣٥) ولا يصح النفي ويعقبه اللعان الذى يترتب عليه تفريق القاضي بين الزوجين الا اذا كان فى اوقات واحوال مخصوصة وهي وقت الولادة او وقت شراء لوازمها او وقت علمه بان زوجته ولدت ان كان غائباً انظر مادة (٣٣٤ و ٣٣٦)

(مادة ٣٣٣) اذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولدا لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج فان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه الا اذا ادّعاه ولم يقل انه من الزنا

(مادة ٣٣٤) اذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة اشهر من عقد النكاح فلا ينتفي الا اذا نفاه فى الاوقات المقررة فى المادة التى بعد الآتية وتلاعن مع المرأة لدى الحاكم وفرق بينهما

(مادة ٣٣٦) انما يصح نفي الولد في وقت الولادة او عند شراء ادواتها او في ايام

وينبنى على ذلك ان الولد لا ينتفى نسبه فى الصور الآتية ولو فرض حصول التلاعن بين الزوجين وفرق القاضى بينهما

الاولى اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة قبل

الثانية اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة او دلالة لانه ان سكت حتى مضت هذه الاوقات ثم نفاه او اقر به صراحة ثم نفاه فلا يصح هذا النفى لانه وجد منه الاعتراف صراحة او دلالة فاذا صح النفى يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وهذا قول الامام الاعظم وقال الصاحبان كما يصح نفيه فى هذه الاوقات يصح ايضاً في مدة النفاس لان ذلك يحتاج الى التأمل اذ ربما ينفيه وهو منه او يعترف به وهو ليس منه وكلاهما حرام للحديث المتقدم

الثالثة اذا نزل الولد ميتاً او مات اثناء اللعان قبل التفريق بينهما والسبب فى ذلك ان النفي حكم والميت لا يصح الحكم عليه وقال الامام مالك والشافعى يصح ان ينفى باللعان درءا لحد القذف ومنعاً لارثه من الولد اذا ترك مالا بسبب هبة او وصية او نحوهما

الرابعة اذا ولدت المرأة ولداً ونفاه الزوج ولاعن وحكم القاضى بالتفريق ونفى نسب الولد ثم ولدت آخر قبل مضى ستة اشهر من وقت ولادة الاول ولكن هذا فيه خلاف بين الائمة الثلاثة فالموجود هنا مذهب الامام الاعظم وينبني عليه ان الولدين ينسبان الى الزوج لان الولد الثانى لا يمكن نفيه الا باللعان واللعان لا يتأتى لان شرط اقامته ان تكون

التهنئة المتادة على حسب عرف أهل البلد واذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها

الزوجية قائمة كما ستعرفه وهي غير موجودة واما الاول فيثبت نسبه ايضاً لانه متكون من المادة التي منها الثاني اذ الرحم لا يخلق فيه جنينان مكونان من ماءين مختلفين فى زمن حمل واحد ولا يمكن ان يقال ان الثانى وجد بعد ولادة الاول لانه لم يمض عليه اقل مدة الحمل فيكون متحدا مع الاول فى المادة وحيث ثبت الثانى ثبت الاول مراعاة لمصلحة الولدين وسترا لعرض المرأة وجميع عشيرتها مع جواز ان الولدين منه

وراى الامام مالك ان نسب الولد الثانى ينتفي بمجرد نفى الاول لان الحمل عنده يصح نفيه وحيث قد ثبت ان الحمل والولد الذي نفاه من ماء واحد فينتفى الحمل ولا يثبت نسبه الا اذا ادعاه ولم يصرح بانه من الزنا فانه اذا ادعاه يثبت نسبه هو والاول ويحد حد القذف ان كانت المرأة ممن يحد قاذفها بان كانت حرة مسلمة عفيفة عن الزنا . وقال الامام الشافعى انه بعد نفي الاول وولادة الثاني لاقل من ستة اشهر لا ينفى الثاني الا اذا نفاه باللعان ولا يشترط فى اللعان عنده قيام الزوجية فانه يكفى وجودها ولو باعتبار ما كان فان لم ينفه بأن سكت او ادعاه ثبت نسبه وبالضرورة يثبت نسب الاول لاتحادهما مادة ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة بشرط ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها كما سبق — ولا يخفى ما فى هذين المذهبين من ظهور المراد

الخامسة اذا نفي الولد بعد حكم القاضى بثبوت نسبه منه بأن جنى الولد على ولد آخر كأن انقلب عليه وقتله فحكم القاضى بتعويض مالي على عاقلة الجانى لورثة المجنى عليه اذ حكم القاضى لا يصح نقضه حيث انه لا يصدر

الا بعد التثبت وخصوصاً فى الانساب فان الشارع يتشوق الى ثبوتها ما امكن ستراً للاعراض وكي لا يكون الولد زنيا

السادسة اذا نفى الولد ثم مات الزوج او الزوجة قبل اللعان او بعده وقبل الحكم بالتفريق لان اللعان لم يتم ونفى الولد لا يمكن الا بعد تمامه انظر مادة (٣٣٧)

علمنا مما سبق ان نسب الولد لا ينتفى الا اذا حصل نفيه فى أوقات واحوال مخصوصة وتلاعن الزوجان بالكيفية التى نص عليها القرآن الكريم واليك معنى اللعان وسبب نزول آيته وما يشترط فيه

فاللعان في اللغة مصدر لاعن واصل اللعن الطرد والابعاد وكانت العرب تطرد المتمرد والشرير لئلا تؤخذ بجريمته وتسميه لعيناً وشرعاً هو شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة . وسبب مشروعيته انه لما نزل قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون) تألم بعض الصحابة من مضمونها

(مادة ٣٣٧) لا ينتفي نسب الولد في الصور الستة الآتية وان تلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما

(الاولى) اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة فى المادة السالفة

(الثانية) اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة او دلالة

(الثالثة) اذا نزل الولد ميتاً ثم نفاه أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم

فنزلت آية اللعان قال عبد الله بن مسعود « بينما كنا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل علينا رجل انصارى فقال يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظه اللهم افتح» فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين)

واللعان من قبيل الشهادة عند الامام الاعظم لان الله تعالى سماه شهادة ويبنى على ذلك انه يشترط فيه ما يشترط فى ادائها من الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق والسمع وعدم الحد فى قذف وهذه الشروط بالنسبة اليهما ويشترط زيادة على ذلك بالنسبة للزوج عدم اقامته البينة على صحة ما قاله وبالنسبة اليها انكارها لوجود الزنا منها وعفتها بان لم يسمع عليها زنا فى حياتها ولم تتهم به ولم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد . وكذلك يشترط ان يكون القذف نصاً فى الزنا وان يكون حاصلا فى دار الاسلام ويشترط ايضاً ان تكون الزوجية قائمة وان يكون عقد النكاح صحيحاً فلا لعان مع المبانة ولا مع المعقود عليها عقداً فاسدا. وكذا يشترط ان تطالبه الزوجة بموجب القذف فان ابى

(الرابعة) اذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولداً آخر من بطن واحد ففى هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الاول

(الخامسة) اذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعاً

(السادسة) اذا مات الزوج او المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان او بعده قبل التفريق

حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد فاذا اجتمعت هذه الشروط وتلاعن الزوج والزوجة أمام القاضى حكم بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد وان فقد شرط من هذه الشروط فلا يصح اقامة اللعان فلا ينتفي نسب الولد. وقال الامام مالك والشافعى ان اللعان يمين لا شهادة لانه لا معنى لكون الشخص يشهد لنفسه وتسميته شهادة مجاز عن الحلف لقيام اليمين مقام الشهادة وعلى ذلك لا تشترط فيه تلك الشروط وانما يشترط فيه عفة المرأة وحصول الزوجية ولو لم تكن موجودة وقت اللعان فيصح اللعان من الاعمى والاخرس والاصم والفاسق والمحدود فى قذف والمسلم الذى تحته ذمية والذميين اذا ترافعا الينا ومن الرقيق مع الرقيقة والحرة ومن الزوج مع مبانته انظر مادة (٣٣٥)

ومتى توفرت شروط اللعان وحصل بالفعل قطع الحاكم نسب الولد من أبيه وألحقه بامه ولكن لا يكون الولد اجنبياً من الملاعن فى كل الاحوال بل فى بعضها فيكون اجنبياً في الأحوال الآتية : —

اولا النفقة فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الابناء وبالعكس .

(مادة ٣٣٥) لا يتلاعن الزوجان الا اذا اجتمعت فيهما أهلية اللعان وشرائطه وهى ان يكون النكاح صحيحاً والزوجية قائمة ولو في عدة الرجعى وان يكون كل منهما أهلا لاداء الشهادة لا لتحملها أي مسلمين حرين عاقلين بالغين ناطقين لا اخرسين ولا محدودين فى قذف وان تكون المرأة زيادة على ذلك عفيفة عن الزنا وتهمته فان كانا كذلك وتلاعنا يفرق الحاكم بينهما ويقطع نسب الولد من ابيه ويلحقه بامه وان لم يتلاعنا او لم تتوفر فيهما اهلية اللعان فلا ينتفى نسب الولد وكذا اذا اكذب الزوج نفسه قبل اللعان او بعده وبعد التفريق يلزمه الولد ويحد حد القذف

ثانياً الارث فلا توارث بينهما بمعنى ان قرابة الابوة غير معتبرة فى الارث فلو مات المنفى عن مال لا يرثه احد بقرابة الابوة

ولا يحكم بكونه اجنبياً فى الصور الآتية :

اولا الشهادة فكما لا تقبل شهادة الاصل لفرعه وعكسه كذلك لا تقبل شهادة الملاعن واصوله لمن نفاه باللعان ولا شهادة المنفي وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله .

ثانياً الزكاة فلا يجوز لأحدهما ان يعطي الآخر شيئاً من زكاة أمواله لاحتمال انه ابنه أو ابوه وهي حق الفقير الاجنبي .

ثالثاً القصاص فلو قتله الملاعن عمداً لا يقتل فيه كما لو قتل الاب ابنه وذلك لان الاب لا يقتل بقتل ابنه عمداً عند ابي حنيفة لأنه سبب فى ايجاده فلا يكون الولد سبباً فى اعدامه ولان شفقة الاب عظيمة جداً فاقدامه على قتله لا بد ان يكون لامر عظيم اوجب ازالة تلك الرحمة الفطرية واستبدالها بهذه القسوة الخارجة عن فطرة الحيوانات ان كان عاقلا ولكن يعاقب بغير القصاص اذا رأى القاضى ذلك

رابعاً الحرمية فلو أراد الملاعن ان يزوج بنته لمن نفاه او لابنه فلا يجوز لانه يحتمل ان يكون ابنه خصوصاً وان الفراش كان موجوداً

خامساً الالتحاق بالغير فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح لاحتمال ان يكذب النافي نفسه ولذا قال بعض المحققين ان ادعاه آخر بعد موت الملاعن يصح لان الولد غير معلوم النسب ولا أمل فى اعتراف الملاعن بنسبه لانه قد مات

وحقق بعضهم صحة دعوى غير الملاعن مطلقاً لانه غير معلوم النسب انظر مادة (٣٣٨)
وهذا اذا كان ولد اللعان حياً فان مات عن ولد فاما ان يكون ولد اللعان مذكراً او مؤنثاً فان كان مذكراً وادعى الملاعن ولده بأن قال هذا ابن ابني او هذه بنت ابني ثبت نسبه من الملاعن فيرث ارث ابن الابن او بنت الابن وتلزمه نفقته وتجرى بينهما سائر الحقوق ويعد مكذباً نفسه فيحد حد القذف وان كان ولد اللعان مؤنثاً فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغنائه بنسب ابيه لان ولد البنت ينسب الى الاب وقال محمد وابو يوسف يثبت نسبه منه فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك وحينئذ يكون بينهما من الحقوق من نفقة وارث وغيرهما مثل ما يكون بين الجد الفاسد وولد بنته ويحد حد القذف على قولهما فى الصورة الثانية واتفاقاً في الصورة الاولى — انظر مادة (٣٣٩)

ومتى حصل اللعان بين الزوجين بأن قال الرجل أمام القاضى أربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وقال فى الخامسة لعنة الله

(مادة ٣٣٨) قطع الحاكم الولد عن نسب أبيه يخرجه من العصبة ويسقط حقه فى النفقة والارث دون غيرهما ويبقى النسب متصلا بين الولد وأبيه الملاعن فى حق الشهادة والزكاة والنكاح والقصاص وفى عدم اللحاق بالغير فلا يجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله اليه ولا يجب على الاب القصاص بقتله واذا كان لابن الملاعنة ابن ولنا فيه بنت فلا يجوز للابن ان يتزوج تلك البنت واذا ادعاه غير الملاعن لا يلتحق به

(مادة ٣٣٩) اذا مات ابن اللعان عن ولد فادعاه الملاعن يثبت نسبه منه ويقام عليه الحد ويرث من المتوفى واذا ماتت بنت اللعان عن ولد فادعاه الملاعن فلا يثبت نسبه منه ولا يرث من امه

عليّ ان كنت من الكاذبين وقالت المرأة بعد ذلك اربع مرات ايضاً اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وقالت في الخامسة غضب الله على ان كان من الصادقين حكم القاضي بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه فاذا لم يفرق الحاكم (القاضي) بينهما فالزوجية قائمة ويتبنى على ذلك انه اذا مات احدهما قبل التفريق ورثه الآخر لكن لايجوز لهما الوقاع والاستمتاع لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان ابدا» فان فرق القاضي بينهما انقطعت الزوجية وبانت منه المرأة بينونة صغرى لان التفريق باللعان طلاق بائن لان الزوج اقدم على القذف الموجب للعان الذى نشأ عنه التفريق فكأن الزوج هو الذي طلق وانما ناب عنه القاضي في التفريق ولكن هذا الطلاق يخالف الطلاق الواقع في غير هذه الحالة اذ الزوج في اللعان لا يجوز له ان يعقد على المرأة مرة ثانية ما دام كل منهما اهلا للعان فان خرجا عن الاهلية او خرج احدهما بأن صار فاسقاً او اخرس او اصم جاز لهما عقد النكاح سواء كان ذلك في العدة او بعدها ولا يرد الحديث المتقدم لان الحكم فيه بالتحريم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم لقولهم ان تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق ـ انظر مادة [٣٤٠]

(مادة ٣٤٠) الفرقة باللعان طلاق بائن وما لم يفرق الحاكم بين الزوجين بعد اللعان فالزوجية قائمة ويجرى التوارث بينهما اذا مات أحدهما وكان الآخر مستحقاً للميراث وانما يحرم على الملاعن وقاع المرأة والاستمتاع بها ،وحرمة الفرقة باللعان تدوم ما دام كل من الزوجين أهلا له فان خرجا او أحدهما عن اهليته جاز للزوج ان يتزوج المرأة في العدة و بعدها

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في ثبوت نسب الولد المولود من نكاح فاسد أو وطء بشبهة)

قد عرفت في شرح مادة (٣٣٢) ان العقد اذا كان صحيحاً وأتت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر من وقت العقد ثبت نسبه من الزوج على ما فيه من الخلاف بين الائمة . أما لو كان عقد الزواج فاسداً فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا جاءت به لتمام ستة أشهر من وقت الدخول بها ووقاعها في محل الحرث وينبني على ذلك ان الفراش انما يثبت من حين الدخول بها ووقاعها في محل الحرث فالمتزوجة زواجاً فاسداً اذا أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين وقاعها لا يثبت نسبه من أبيه وان مضي ستة اشهر من حين العقد نعم اذا ادعاه ولم يصرح بانه من الزنا يثبت نسبه منه ويحمل على ان المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة أما ان جاءت به لتمام ستة اشهر من حين الوقاع يثبت نسبه وجميع الاولاد التي تولد من المرأة بعد هذه المدة تنسب للزوج ما دام معاشراً لها معاشرة الازواج فاذا فرق بينهما القاضي او تفارقا من انفسهما ثم جاءت بولد يثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين التفريق وان جاءت به لاكثر منهما فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل بعد التفريق فلا يمكن ثبوت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه غير قائل انه من الزنا واذا اراد الزوج نفي الولد الذي نسب اليه فلا يتأتى له نفيه على راى ابي

حنيفة واصحابه لانه لا يتأتى له نفيه الا باللعان وهو غير ممكن لان العقد فاسد ومن شروط اللعان ان يكون العقد صحيحاً انظر مادة (٣٤١)

وكل هذه الاحكام ان كان هناك عقد سواء كان صحيحا او فاسداً أما اذا لم يكن بان حصل وطء بشبهة فتتبع الاحكام الآتية واليك بيانها : اعلم ان الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي على ثلاثة انواع شبهة في المحل وشبهة في العقد وشبهة فى الفعل . فشبهة المحل ويقال لها شبهة الملك بمعنى المملوك وتسمي ايضاً شبهة حكمية لان سببها حكم الشارع تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده وذلك لان الشبهة ناشئة من الدليل الشرعي فاذا تحققت هذه الشبهة يدرأ بها الحد ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة فاذا لامس الاب جارية ابنه وجاءت منه بولد وادعاه ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد وان ظن الحرمة لان الشبهة ثابتة بقول النبي عليه الصلاة والسلام للغلام الذى اشتكاه ابوه (انت ومالك لابيك) فهذا الحديث اوجب شبهة فى نفس جارية الابن بالنسبة الى الاب ولذا لا يحد لقوله عليه الصلاة والسلام « ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم » وانما افاد الحديث الشبهة ولم يفد الملك كما هو الظاهر من لفظه لان الصحابة اجمعوا على ان ظاهره غير مراد وانما المراد

(مادة ٣٤١) اذا ولدت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل المتاركة والتفريق وكانت ولادتها لتمام ستة أشهر فاكثر ولو لعشر سنين من حين وقاعها لا من حين العقد عليها ثبت نسب الولد من أبيه بلا دعوى وليس له نفيه فان ولدت بعد فسخ النكاح بالمتاركة او التفريق فلا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفرقة

وجوب نفقة الابن على الاب والا فلا معنى لكون الولد يكون مملوكا للاب مع ان القرابة موجبة لتحرير الرقيق كما قال النبي صلى الله عليه وسلم «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» وكذلك لا معنى لكون الاب يكون مالكا لمال ابنه ملكا حقيقياً حتى يتصرف فيه كما يتصرف في مال نفسه فينتج من ذلك ان الحديث مصروف عن ظاهره وانما اوجب شبهة حكمية في المحل كما تقدم ومن ذلك ملامسة معتدة الكنايات فانها ناشئة من قول سيدنا عمر « الكنايات رواجع » ومن ذلك ايضاً وطء الشريك الجارية المشتركة ووطء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها

وشبهة العقد هى التى نشأت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة كما اذا عقد رجل على معتدة الغير او على محرم له رضاعاً او مصاهرة او نسباً فان كان يعتقد الحل بان كان لا يعرف تحريمها عليه او يجهل الحكم الشرعي سقط عنه الحد وعزر ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة من الوطء الحاصل بعد ذلك العقد وان كان يعتقد الحرمة فلا يسقط عنه الحد ولا يثبت منه نسب الولد وان ادعاه. هذا هو رأى ابي يوسف ومحمد وقال الامام يسقط عنه الحد ويثبت نسب الولد ان ادعاه والقول الاول هو الارجح وقد تقدم لك شرح هذا المقام بما لا مزيد عليه فى شرح مادتي «١٣١ ، ١٣٢ » فارجع اليه ان شئت

وشبهة الفعل هى التي تحقق فى نفس من اشتبه عليه الحل والحرمة بان ظن ماليس بدليل دليلا مبيحاً لفعله وليس كذلك وهذه الشبهة تسقط الحد ان قال ظننت الحل فاذا وطىء رجل مبانته بالثلاث وهى فى العدة وقال

ظننت حلها لى فلاحدّ عليه وان قال علمت انها عليّ حرام وجب عليه الحد وعلى كل حال لا يثبت منه نسب الولد الذى جاءت به المرأة وان ادعاه لان ما حصل منه زنا وانما سقط عنه الحد للشبهة التى قامت به للحديث وكذا الحكم في وطء جارية الاب وجارية الزوجة والمطلقة على مال اذا وطئها بدون عقد ثم ان الشبهة متى ثبتت عند احد الجانبين ثبتت فى حق الآخر لانها ثابتة بالنسبة الى الفعل وهو لا يتجزأ — انظر مادة (٣٤٢)

وكل هذه الاحكام ان حصل الوطء بشبهة عند الواطئ فان حصل بلا شبهة كان زنا محضاً فلا يعوّل عليه فى حق ثبوت النسب ويترتب على ذلك أنه اذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقداً صحيحاً وولدت لتمام ستة أشهر من حين العقد يثبت نسبه منه لانه قد مضى على الحمل وهو فى بطن أمه ستة أشهر بعد العقد وهى أقل مدة الحمل فيثبت نسبه لان الولد للفراش ٠

واذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلا يثبت نسبه لتحقق ان الحمل حاصل قبل العقد لكن اذا ادعاه ولم يصرح بانه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على أنه حاصل بسبب عقد سابق او ملامسة بشبهة — انظر مادة (٣٤٣)

(مادة ٣٤٢) الموطوأة بشبهة في الحل او فى العقد اذا جاءت بولد يثبت نسبه من الواطئ ان ادعاه وكذلك الموطوأة بشبهة الفعل التي زفت الى الواطيء وقيل له هي زوجتك ولم تكن كذلك

(مادة ٣٤٣) اذا تزوج الزاني مزنيته الحامل من زناه فولدت لمضى ستة أشهر منذ تزوجها يثبت نسب الولد منه وليس له نفيه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه الا اذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا

﴿ الفصل الثالث ﴾

فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

اعلم ان المرأة التى حصلت الفرقة بينها وبين زوجها اما ان تكون كبيرة واما ان تكون صغيرة فان كانت كبيرة فاما ان تكون الفرقة بالطلاق او بالوفاة وعلى كل فاما أن تقر بانقضاء عدتها اولا. فان كانت الفرقة بالطلاق فاما ان يكون رجعياً او بائناً وكل له احكام تخصه واليك بيانها. فان كان الطلاق رجعياً ولم تقر بانقضاء عدتها فاما ان تلد لاقل من سنتين من وقت الطلاق او لتمامهما او لاكثر فان ولدته بعد الطلاق لاقل من سنتين يثبت نسبه من الزوج ويحمل على وجوده فى الرحم قبل الطلاق لانه لم يمض عليه اكثر من اكثر مدة الحمل التى هى سنتان وبانت المرأة منه بالولادة لانقضاء عدتها بها واحتمال كون الحمل حادثاً بعد الطلاق لا يكون دليلا على الرجعة لانها لا تثبت بالشك . وان ولدته لتمام سنتين او لاكثر ثبت نسبه ايضاً من الزوج ويحمل على انه لامسها فى العدة لان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل فهى زوجة له حكما والفراش قائم ما دامت العدة باقية وهى باقية ما لم تقر بمضيها لان هذا امر لا يعلم الا من جهتها فيجوز ان تكون ممتدة الطهر بسبب انقطاع الدم عنها زمناً طويلا وواقعها فى اثناء تلك المدة وحينئذ تكون الولادة دليل الرجعة وعلى هذا فذكر السنتين في المادة ليس الغرض منه تعيين زمن وانما المراد عدم التقييد بزمن مخصوص كما فى المبانة على ما سيأتي فاذا نفاه لاعن لحكم الشارع ببقاء الزوجية. وان كان الطلاق بائناً وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه لانه يحتمل ان يكون موجوداً

فى رحم امه قبل الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل حصول الحمل فيكون فى قطع نسبه هضم لحقوق الولد وضياع لشرف المرأة وعشيرتها وهو لا يقدم عليه بالظن فيثبت نسبه. وان ولدته لتمام سنتين من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه لانها جاءت به بعد زوال الفراش وقال بعض العلماء يثبت لان الولد لم يمض عليه اكثر من سنتين من وقت زوال الفراش فيجوز ان يكون مخالطاً للمرأة وقت حصول الطلاق فمع وجود هذا الاحتمال لا يسوغ قطع نسب الولد وخدش شرف الام .وان ولدته لاكثر من سنتين من وقت الا بانة فلا يثبت نسبه للتيقن بوجوده بعد زوال الفراش اللهم الا اذا ادعاه ولم يقل انه من الزنا ولا يشترط في ذلك تصديق المرأة له ولا بيان السبب الذى ادعى به نسبه

وحكم المتوفي عنها زوجها ولم تقر بانقضاء عدتها كحكم المبانة غير ان الذى يدعى الولد الذى جاء بعد سنتين هم الورثة فان كانوا من أهل الشهادة ثبت نسبه من الميت في حق الناس كافة فيطالبه مدين الميت بحقه ويخاصمه ويرجع على كفيله ونحو ذلك وان لم يكونوا من اهل الشهادة يثبت نسبه فى حق المقرين لا غير فيزاحمهم في الميراث — انظر مادة (٣٤٤)

(مادة ٣٤٤) اذا لم تقر المطلقة الكبيرة بانقضاء عدتها فان كانت مطلقة رجعياً يثبت نسب ولدها من زوجها سواء ولدته لاقل من سنتين من وقت الطلاق او لتمامهما أو لاكثر ولو نفاه لاعن. وان كانت مطلقة طلاقاً بائناً بواحدة او ثلاثة وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه وكذلك المتوفى عنها زوجها اذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين الوفاة .فان ولدت المطلقة

وان اقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة بين الطلاق او الوفاة والاقرار بانقضائها تحتمل صدقها بان كانت ستين يوماً على رأى الامام الاعظم وتسعة وثلاثين يوماً على رأى ابي يوسف فاما ان تلد لأقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الطلاق او الوفاة او لا وعلى كل فاما ان يكون الطلاق رجعياً او بائناً فان كان رجعياً وولدته لاقل من ستة اشهر من حين الاخبار بانقضاء عدتها ولأقل من سنتين من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بوجود الحمل في الزمن الذى اخبرت عنه بأنه آخر عدتها فيظهر كذبها ويبطل اقرارها . وكذلك ان ولدته لاكثر من سنتين من حين الطلاق ولاقل من ستة اشهر من حين الوقت الذى اخبرت فيه بانقضاء عدتها يثبت نسبه ايضاً للتيقن بكذبها ويحمل على انه واقعها في اثناء العدة لان الزوجية باقية حكما ويحكم بأنه راجعها . وان ولدته لتمام ستة اشهر او اكثر من حين الوقت الذى اخبرت فيه بمضيها سواء ولدته لتمام سنتين او لاكثر او لاقل من حين الطلاق فلا يثبت نسبه لعدم التيقن بكذبها فيما اخبرت به فيحمل على انها حملت من ملامسة حصلت بعد انقضاء عدتها . وان كان الطلاق بائناً او كانت الفرقة بالوفاة فان ولدته لاقل من سنتين من حين ابانتها او وفاة زوجها ولأقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت نسبه لظهور كذبها كما تقدم وان ولدته لتمام ستة اشهر او لاكثر من حين انقضاء عدتها حسبما اخبرت فلا يثبت نسبه لعدم وجود ما يدل على كذبها ولا فرق في ذلك بين كونها ولدته لاقل من

بائناً أو المتوفي عنها زوجها ولدا لاكثر من سنتين من حين البت أو الموت فلا يثبت نسبه الا بدعوة من الزوج او الورثة

سنتين من حين ابانتها او من حين وفاة زوجها او لتمامهما او لاكثر لعدم وجود ما يدل على كذبها

وان ولدته لاكثر من سنتين من حين الابانة او الوفاة ولأقل من ستة اشهر من حين الوقت الذى أخبرت عنه بمضي عدتها فيه فلا يثبت نسبه لمضى مدة اكثر من اكثر مدة الحمل بعد الابانة او الوفاة فيكون الحمل حادثاً بعد الابانة او الوفاة فاذا ادعاه الزوج فى صورة الطلاق ولم يصرح بانه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على انه وجد بعد حصول عقد او بعد وطئها بشبهة وكذا ان ادعاه الورثة فى صورة الوفاة وكانوا اهلا للشهادة يثبت نسبه من ابيه فى حق الناس كافة وان لم يكونوا من اهلها يقبل قولهم فى حقهم ويزاحمهم فى الميراث — انظر مادة (٣٤٥)

وان كانت صغيرة اى مراهقة وهي التي قاربت البلوغ من راهق الشئ بمعنى قاربه فاما ان تكون الفرقة بالطلاق واما أن تكون بالوفاة فان كانت بالطلاق فاما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان قبله وجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من حين الطلاق ولاكثر من حين العقد ثبت نسبه للجزم بوجوده قبل الطلاق لانه لم يمض عليه بعد الطلاق وهو

(مادة ٣٤٥) اذا اقرت المطلقة رجعياً او بائناً او المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله ثم ولدت فان جاءت بالولد لاقل من نصف حول من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفرقة يثبت نسبه من ابيه وان جاءت به لاقل من نصف حول من حين الاقرار ولا كثر من سنتين من وقت البت او الموت فلا يثبت نسبه

في بطن امه اقل مدة الحمل. فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه لانه قد مضى عليه اقل مدة الحمل بعد الطلاق فلا يمكن الجزم بوجوده في بطن امه قبله. وان كان الطلاق بعد الدخول فاما ان تقر بانقضاء عدتها او لا فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولأقل من تسعة اشهر من حين الطلاق ثبت نسبه وبطل اقرارها لظهور كذبها وان جاءت به لستة اشهر او أكثر من حين الاقرار فلا يثبت نسب الولد لعدم الجزم بكذبها وان لم تقر ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وظهر أنها كبيرة وان جاءت به لتمام تسعة اشهر او لاكثر فلا يثبت نسب الولد منه لان انقضاء عدة الصغيرة له جهة واحدة في الشرع وهو ثلاثة أشهر فبمضيها يحكم الشرع بانقضاء المدة والصغر المعين لعدتها قائم مقام اقرارها بل هو اقوى منه لان اخبارها يحتمل الكذب بخلاف الانقضاء فانه قد تحقق شرعاً

وقال ابو يوسف اذا كانت المراهقة مطلقة طلاقاً بائناً يثبت نسب الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين او لتمامهما وان كان طلاقها رجعياً يثبت نسبه الى سبعة وعشرين شهراً لانه يحتمل ان يكون زوجها لامسها في آخر الثلاثة الاشهر التي هي عدتها فحملت منه وبقي الولد في بطنها سنتين — ودليل قول ابي يوسف انه لما كانت المراهقة في سن يحتمل بلوغها مع أنها لم تقر بانقضاء عدتها أشبهت الكبيرة في احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة فيثبت نسب ماتأتي به الى سنتين من حين حدوثه

وان ادعت حبلا وكان طلاقها بائناً يثبت نسب ولدها الى سنتين ويكون

حكمها حكم الكبيرة. وان كان طلاقها رجعياً وجاءت بولد يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سبعة وعشرين شهراً ولم تعامل معاملة الكبيرة المطلقة طلاقا رجعياً لان عدتها متعينة بالاشهر فغاية مايمكن ان يكون الرجل واقعها في آخر عدتها ومضي بعد ذلك ستتان بخلاف الكبيرة المطلقة رجعياً فانه يجوز امتداد طهرها فيجوز ان يواقعها في العدة ولو بعد سنين

وان كانت الفرقة بالوفاة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا ثم جاءت بولد بعد الفرقة فان ولدته لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام من حين الوفاة يثبت نسب ولدها منه للعلم بوجود الحمل في بطنها في العدة حيث لم يمض عليه بعد انقضائها أقل مدة الحمل فيظهر انها كبيرة وتكون عدتها بوضع حملها. وان ولدته لا كثر من عشرة أشهر وعشرة ايام فلا يثبت نسبه لانه بمرور اربعة اشهر وعشرة ايام يحكم بانقضاء عدتها ولم يوجد دليل على ان عدتها بالحمل لانه قد مضي بعد العدة ستة اشهر وهي كافية لتكوين الجنين لانها اقل مدة الحمل — وقال ابو يوسف يثبت نسبه الى سنتين لانها في زمن يحتمل البلوغ فهي كالكبيرة كما تقدم في الفرقة بالطلاق — نعم اذا أقرت بانقضاء عدتها ومضي على آخر الانقضاء ستة اشهر فلا يثبت نسب ولدها اتفاقا — وتأمل في هذا فان العدة في هذه الحالة معينة فالاقرار وعدمه سواء. وان لم تمض عليه ستة اشهر بان ولدته لاقل من هذه المدة يثبت نسبه لظهور كذبها — وان ادعت حبلا فحكمها حكم الكبيرة من انها اذا جاءت به لاقل من سنتين او لتمامها على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل وظاهر الحال يشهد لها لان الفرض انها مراهقة فتصدق في دعواها

ولا يخفى ان بعض مسائل ثبوت النسب مبنية على اعتبارات يدركها اللبيب المطلع على الاحكام المتقدمة وان كان العقل يستبعدها — انظر مادتى (٣٤٦ و٣٤٧)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك)

اعلم ان المرأة ان ادعت الولادة وصدقها الزوج فى انها ولدت هذا الولد الذى تدعي ولادته ثبت نسبه منه ان لم ينفه فان نفاه بان قال هذا الولد ليس منى ابيحت الاحكام المتقدمة

فان لم يصدقها الزوج فيما ادعت فهناك حالتان — الحالة الاولي ان يكون الفراش قائماً بان لم يحصل سبب من اسباب الفرقة — الحالة الثانية ان يكون

(مادة ٣٤٦) اذا كانت المطلقة مراهقة مدخولا بها ولم تدع حبلا وقت الطلاق ولم تقر بانقضاء عدتها وولدت لأقل من تسعة أشهر منذ طلقها زوجها يثبت نسب الولد منه فان جاءت به لتمام تسعة اشهر فاكثر فلا يثبت نسبه واذا اقرت بانقضاء عدتها فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا. وان ادعت حبلا وقت الطلاق يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لو الطلاق بائناً ولاقل من سبعة وعشرين شهراً لو الطلاق رجعياً

(مادة ٣٤٧) المراهقة التى توفى عنها زوجها ولم تدع حبلا وقت وفاته ولم تقر بانقضاء عدتها اذا ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت نسب الولد منه وان جاءت به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام أو لاكثر فلا يثبت النسب منه. وان ادعت حبلا وقت الوفاة فحكمها كالكبيرة يثبت نسبه منه لاقل من سنتين ان لم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضائها لا يثبت نسبه الا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار

قد حصل سبب وعلى كل فاما ان ينكر نفس الولادة او يعترف بها ولكنه يقول ان الولد الذى ولدته هو غير الذى تدعى ولادته

فاذا كان الفراش بين الزوجين موجوداً بان كان عقد الزواج باقيا وادعت الزوجة انها ولدت وجحد الزوج نفس الولادة بان قال لم يحصل منك ولادة فلها ان تثبت دعواها بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة لان النسب ثابت بوجود الفراش والولادة يصح ان تثبت بامرأة مستوفية لشروط الشهادة لان شهادة النساء تصح فيما لا يطلع عليه الرجال فقد اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة منعاً للضرر وقال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) ولو شهد بذلك رجل عدل وقال لم اتعمد النظر قبلت شهادته ولو انكر الزوج التعيين بان قال ولدت ولكن المولود غير هذا ثبت نسبه بشهادة القابلة أو غيرها ايضاً بشرط الاتصاف باهلية الشهادة — انظر مادة (٣٤٨)

واما اذا كان الفراش بين الزوجين غير موجود بان حصلت الفرقة بينهما فاما ان تكون الفرقة بالطلاق او بالوفاة فان كانت بالطلاق فاما ان يكون رجعياً او بائناً فان كان رجعياً ولم تقر بانقضاء عدتها ثم ادعت انها ولدت بعد اكثر من سنتين من وقت الطلاق الى وقت الولادة وانكر الزوج الولادة فلها ان تثبت ولادتها بشهادة المرأة المتصفة بما ذكر فى المادة السابقة لان الفراش موجود لحدوث الحمل فى العدة فيكون مراجعاً لها

(مادة ٣٤٨) اذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة كما لو أنكر تعيين الولد فانه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر

فيثبت النسب لقيام الفراش وتثبت الولادة بشهادة المرأة. وان ادعت انها ولدت بعد الطلاق لاقل من سنتين ولم يوافقها الزوج فلا يثبت النسب الا اذا اعترف بالحمل او كان ظاهراً بحيث ان كل من رآها يغلب على ظنه انها حامل فحينئذ يكفى في ثبوت نسب الولد شهادة المرأة المتصفة بما ذكر والا فلا بد من بينة كاملة على انها ولدت وانما لزمت شهادة كاملة فيما اذا ولدته لاقل من سنتين ولم تلزم فيما اذا ولدته لاكثر لان الفراش قد انقضى بالولادة فى حالة الأقل ولم ينقض فى حالة ما اذا ولدته لاكثر ـ وهذا قول الامام الاعظم وقال ابو يوسف ومحمد يثبت النسب بشهادة المرأة لان الولادة من الامور التى لا يطلع عليها الا النساء عادة وقد قال عليه الصلاة والسلام «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه» وقد روى عن الزهرى انه قال قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن. وان كان الطلاق بائناً او كانت الفرقة بالوفاة وادعت الولادة لأقل من سنتين او لتمامهما على الراجح فقال ابو حنيفة لا بد لثبوت النسب من شهادة رجلين او رجل وامرأتين ان لم يصدق الزوج او الورثة او لم يكن الحبل ظاهراً او يقر الزوج به لأن الفراش غير موجود فان كان الحبل ظاهراً او أقر الزوج او الورثة بالحبل تكفى شهادة المرأة التى هي اهل للشهادة ـ وقال ابو يوسف تكفي القابلة لان هذا من الامور التى لا يطلع عليها الا النساء كما تقدم ـ انظر مادة(٣٤٩)

(مادة ٣٤٩) اذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن او معتدة الوفاة الولادة لاقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزوج أو الورثة فلا تثبت الا بحجة تامة مالم

وجميع ما تقدم انما هو بالنسبة الي المنازعات التى تحصل بين المرأة وزوجها او ورثته فى كون الولد منها اولا وفى انها ولدت هذا الولد ام لا أما اذا قال رجل لولد مجهول النسب هذا ولدى وكان يولد مثله له بان يظن ان مثل هذا الرجل يصح ان يكون ابا لمثل هذا الولد وكان الظاهر لم يكذبه ولم يكن مشهوراً بالعته فيثبت نسب الولد منه سواء كان هذا الولد مميزا اوغير مميز وسواء صدقه فى حالة ما اذا كان مميزاً او لم يصدقه وقال الشافعى لا يثبت النسب الا بتصديق الولد اذا كان مميزا ويشارك الولد بقية الورثة ولو كان الاعتراف بالنسب في حالة مرض المعترف ولو أنكر الورثة نسبه لا يلتفت اليهم بل انه يرث من ابي المقر سواء اعترف بنسبه او لم يعترف وذلك لان النسب قد ثبت باعتراف المقر وهو أدرى من غيره بالنسبة لما نسب اليه فيرجح قوله على قول غيره

فاذا ادعت امرأة ان الولد ابنها وانه من المقر وانها زوجة له وكانت مشهورة بانها أمه وبالاسلام وحرية الاصل او الحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين ورثت ايضاً من المقر اذا وافق الورثة على ذلك فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة للمقر اواعترفوا بالزوجية ولكن انكروا كونها مسلمة وقت موت المقر او كانت زوجة له وهى رقيقة ولم يكن ذلك معلوماً فلا ترث منه فان اثبتت أمام القاضى زوجيتها له واسلامها وقت موته وحريتها الاصلية او العارضة قبل ولادة الولد بسنتين صحت دعواها وورثت. وان لم ينازعها الورثة لكن كانت زوجيتها مجهولة او حريتها او اسلامها كذلك فلا ترث ايضاً الا

كن الزوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خاف فان جحدوا
ميين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر

اذا أثبتت دعواها بالبينة ولوكانت حريتها عارضة لاقل من سنتين قبل ولادتها فلا ترث لاحتمال كونها امة له واستولدها او امة لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به فهي ليست من اهل الارث — انظر مادة (٣٥٠)

وهذا اذا كان الرجل هو المقر اما اذا اقرت امرأة بانها ام لولد يولد مثله لمثلها وكان مجهول النسب فاما ان تكون غير متزوجة ولا في عدة الازواج واما ان تكون متزوجة او معتدة لزوج فان كانت خالية عن الزوج وليست في عدة زوج وأقرت بالامومة للولد المتصف بما ذكر فحكمها حكم الرجل الذي أقر بمجهول النسب الذي يولد مثله لمثله من انها تصدق بمجرد اقرارها ويثبت نسبه منها بلا توقف على تصديقه ان كان مميزاً خلافاً للشافعي وبعض اصحاب أبي حنيفة فانهم صرحوا بأنه لا بد من تصديقه ان كان مميزاً وفرق بعض المحققين من الحنفية بين الرجل والمرأة بأن الولد محتاج الى نسب ابيه حتى لا يكون زنيا فدرءاً للعار عنه ومحافظة على شرفه يكتفي

(مادة ٣٥٠) اذا أقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لمثله وصدقه الغلام ان كان مميزاً يعبر عن نفسه أولم يصدقه يثبت نسبه منه ولو أقر ببنوته فى مرضه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ويرث أيضاً من أبي المقر وان جحده.وان كان للغلام ام وادعت بعد موت المقر انها زوجته وان الغلام ابنها منه وكانت معروفة بأنها امه وبالاسلام وحرية الأصل أو بالحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين فانها ترث أيضاً من المقر فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لأ بيهم أوانها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم اسلامها وقتئذ وانها كانت زوجة له وهي امة فلا ترث .وكذلك الحكم اذا جهلت حريتها أو امومتها للغلام أو اسلامها ولو لم ينازعها أحد من الورثة

بمجرد اقرار الرجل بدون مبالاة بما يترتب على الولد من الحقوق التى تثبت عليه للمقر بمجرد الاقرار لان مراعاة ثبوت النسب اولى للولد من مراعاة الحقوق التى تثبت عليه ولانه اذا اجتمع ضرران ارتكب الاخف وهذا غير موجود فى اثبات النسب له من جهة الام لان العار لا يلحقه بجهل نسبه لامه فليس محتاجاً الى نسبه من امه احتياجه الى نسبه من ابيه وبناء على ذلك لا يكتفى باقرار المرأة بل لا بد ان تثبت نسبه منها بحجة تامة اى رجلين او رجل وامرأتين وذلك مراعاة لمصلحة الوالد لانه يترتب على نسبته لها حقوق الام على والدها وبهذا اندفع مايظهر من التنافى بين هذا الحكم والحكم المأخوذ من مادة (٣٦٣) فان كلا منهما جار على رأي

وان كانت المرأة متزوجة فاما ان تقر بأن الولد ابنها منه او من غيره فان كان الاول وصدقها ثبت نسبه منهما وان لم يصدقها فلها اثبات امومتها بالقابلة المعروفة بالصدق والامانة او بامرأة متصفة بما ذكر او بشهادة رجل عدل لقيام الفراش ومتى ثبتت امومتها بما ذكر ثبتت ابوة زوجها له وان كان الثانى فالحكم لا يختلف غير انه لا يحتاج الى تصديق الزوج . وان كانت معتدة فاما ان تكون معتدة لطلاق رجعي او بائن فان كانت معتدة لطلاق رجعى فحكمها حكم المتزوجة لان الفراش موجود حكماً فيثبت قولها بشهادة القابلة الحرة المسلمة العدلة كما تقدم وان كانت مطلقة طلاقاً بائناً ففى ذلك خلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه ابي يوسف ومحمد قال ابو حنيفة لا يثبت قولها الا بحجة تامة اى بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الفراش غير موجود حيث انها مبانة وقال ابو يوسف ومحمد يكتفى بشهادة امرأة تكون اهلا لاداء الشهادة

وقد تقدم نظير ذلك في مادة ٣٤٩ — انظر مادة [٣٥١]

وكل هذا فيما اذا كان الاقرار بالبنوة اما اذا حصل اقرار بالابوة او بالامومة بان اقر ولد مميز مجهول النسب ذكراً كان او انثى لرجل بأنه ابوه او اقر لامرأة بانها امه وكان لا يكذبه الظاهر بان كان يولد مثله لمثل الرجل المقر له او المرأة المقر لها فاما ان يصدقه الرجل المقر له او المرأة المقر لها اولا فان صدقه المقر له صح اقراره وثبت نسبه وان لم يصدقه فله اثبات ما اقر به بالبينة اى بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وان عجز المقر عن الاثبات بالبينة يحلف المقر له فان حلف بطل قول المقر وان امتنع عن الحلف ثبتت الدعوى وثبت نسبه من المقر له ومتى ثبت نسبه من الرجل او المرأة وجبت بينهما الحقوق الواجبة بين الآباء والابناء فتثبت بينهما احكام النفقة والحضانة والولاية في النفس وفي المال ونحو ذلك — انظر مادة [٣٥٢]

فقد علمت مما ذكر حكم الاقرار بالبنوة والابوة فلو كان بالاخوة صح الاقرار ايضاً ولكن يكون قاصراً على المقر فاذا توفي رجل فأقر احد اولاده

(مادة ٣٥١) اذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالامومة لصبي يولد مثله لمثلها وصدقها ان مميزا او لم يصدقها صح اقرارها عليها ويرث منها الصبي وترث منه فان كانت متزوجة او معتدة لزوج فلا يقبل اقرارها بالولد الا ان يصدقها الزوج أو تقام البينة على ولادتها لو معتدته أو تشهد امرأة مسلمة حرة عدلة أو منكوحته أو تدعى أنه من غيره

(مادة ٣٥٢) اذا أقر ولد مجهول النسب ذكرا كان او انثى بالابوة لرجل او بالامومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت ابوتهما له ويكون عليه ما للابوين من الحقوق وله عليهما ما للابناء من النفقة والحضانة والتربية

وكان عاقلا بالغاً لشخص مجهول النسب بانه اخوه صح اقراره فى حق نفسه لا غير لان الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يسري اقراره على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على اقراره ويشارك المقر له المقر فى نصيبه وقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يأخذه منه فقال بعضهم يأخذ نصف نصيب المقر اذا كان المقر له مذكراً وثلثه اذا كان مؤنثاً وذلك لانه لما لم يصح اقراره فى حق باقي الورثة يعتبر ما فى ايديهم بمنزلة الهالك وكأن الميت لم يترك سوى ما فى يد المقر وبما انه معترف بان المقر له يساويه في الاستحقاق ان كان مذكراً فيستحق نصف نصيبه وان كان مؤنثاً فهو يعترف بانها تستحق نصف ما يستحق لما هو معلوم من ان المذكر له فى الميراث ضعف نصيب الانثى

وقال بعض المحققين ان المقر له لا يأخذ من المقر الا المقدار الذى دخل في حصته من نصيب المقر له وما دخل من نصيبه في حصص باقى الورثة يعتبر هالكا لان المقر يعترف بان المقر له يستحق فى مجموع التركة وقد بطل اقراره بالنسبة لما دخل فى حصص باقى الورثة وصح بالنسبة لما دخل فى حصته فيستحق المقر له الجزء الذى دخل فى نصيب المقر لا غير فاذا مات خالد وترك علياً واسماعيل وكانت التركة تساوى اثنى عشر الف قرش فاقر على بان محمداً اخوه ولم يوافقه علي ذلك اسماعيل فعلى الرأي الاول يستحق محمد نصف نصيب على وهو ثلاثة آلاف قرش وعلى الرأى الثانى يستحق الفين لا غير وذلك لان أصل التركة اثنا عشر الف قرش فلو كانت الورثة ثلاثة يستحق كل واحد أربعة آلاف قرش فيكون الذي دخل فى حصة غير المقر

الفين وقد لغى الاقرار بالنسبة لهما فيعتبر ذلك المقدار هالكا والذى دخل فى نصيب المقر من استحقاق المقر له الفان وقد صح اقراره بالنسبة لهما — انظر مادة (٣٥٣)

فقد علمت مما ذكر انه يشترط فى ثبوت نسب الولد المقر او المقر له كونه مجهول النسب فلو كان معروف النسب فلا يثبت نسبه بل يقال له دعيٌّ فالدعيُّ هو شخص معروف النسب قد تبناه غير ابيه وهذا امر كان موجوداً في الجاهلية فان الرجل منهم كان اذا راقه غلام لنشاطه مثلا ضمه الى نفسه وجعل له مثل نصيب المذكر من اولاده في ميراثه وكان ينسب اليه فيقال فلان بن فلان واستمر ذلك في صدر الاسلام حتى ان النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سيدنا زيد بن حارثة الى ان نزل قوله تعالى (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله) فقال عليه الصلاة والسلام لسيدنا زيد انت زيد ابن حارثة وبناء على ذلك يكون المتبنى ليس ابناً اصلا فلا يعطى الحقوق التى هى واجبة على الآباء للابناء فلا يرث من متبنيه ولا يستحق النفقة ولا اجرة الرضاع والحضانة وكذا المتبني لا يعطى حقوق الآباء على الابناء فلا يستحق عليه النفقة لو كان فقيراً و الدعى موسراً ولا يرثه وليس له عليه ولاية فى النفس ولا فى المال بهذا التبنى لانه اجنبي منه فتصح شهادة كل منهما للآخر وليس بينهما ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا كانت انثى جاز للمتبنى التزوج بها ما لم يمنع مانع آخر من ذلك واذا كان احدهما له امرأة قد طلقها وانقضت

(مادة ٣٥٣) من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب لا يقبل اقراره الا فى حق نفسه فلا يسرى على بقيه الورثة الذين لم يصدقوه ويشاركه المقر له في نصيبه ويأخذ نصفه

عدتها جاز للآخر ان يتزوجها الا اذا حرمت عليه بسبب آخر من أسباب موانع الزواج المتقدمة فى مبحث المحرمات — انظر مادة (٣٥٤)

فالذى علم انه متى حصل اقرار بالبنوة اوالابوة او الاخوةوكان مستوفياً للشروط المتقدمة التى منها تصديق المقر له المقر يثبت النسب وان كان هناك فرق بين الاقرار بالبنوة والابوة وغيرهما فان لم يحصل تصديق من المقر له فللمقر ان يثبت ما ادعى به وان كانت طريقة الاثبات تختلف بين دعوى البنوة والابوة وغيرها. وبيانه ان الدعوى اما ان تكون بالابوة او البنوة او غيرهما فان كان الاول وكان المدعى عليه حياً صحت اقامة الدعوى عليه او على من قام مقامهولو لم تكن ضمن دعوى حق آخر فان كان ميتاً فلا بد ان تكون الدعوي ضمن دعوي حق آخر. وان كان الثانى وهو دعوى غير البنوة والابوة كالاخوة والعمومةفلا بد ان تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر سواء كان المدعي عليهحياً او ميتاً لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الشخص الذى ينتهى اليه النسب . وعند مايراد اثبات النسب ضمن دعوى حق يكون الخصم في ذلك هو احد الورثة اذا كانت التركة تحت يده ويشترط ان يبين المدعى جميع التركة بياناً كافياً ويبين جميع الورثة ومقدار نصيبه الذى يستحقه فيها وجهة الارث التى يستحق بها ليكون القاضى على بصيرة من الدعوى وكذا يصح ان يكون الخصم الوصى او الموصى لهاو الدائن او المدين فان كان الاول وهو الوصي فيمكن اقامة الدعوى عليه بان يقول ان

(مادة ٣٥٤) الدعى ليس ابناً حقيقياً فمن تبني ولداً معروف النسب فلا تلزمه نفقته ولا اجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان

مورثي جملهم وصياً على التركة وقد وضع يده عليها فأطلب منه ان يسلم لى حق وهو كذا لانى ارث مورثى بجهة كذا وعدد الورثة هو كذا فيقر المدعى عليه بالايصاء وينكر استحقاقه في التركة فيثبت دعواه

وان كان الثاني وهو الموصي له فصورة اقامة الدعوى عليه أن يقول ان مورثى فلاناً الفلانى قد اوصى لفلان المدعي عليه بالتركة وهو قد وضع يده عليها فاطلب منه ان يسلم لى حق فى التركة وهو ثلثاها لاني وارث لمورثي بجهة كذا ولا وارث له غيري ولا اجيز الوصية فلا يستحق غير ثلثها فينكر المدعي عليه قرابته للمورث فيثبت دعواه

وان كان الثالث وهو الدائن كأن يكون لشخص حق اختصاص على التركة او جزء منها بان تكون التركة او بعضها تحت يده بطريق الرهن مثلا فيريد دفع الدين له وفك العين المرهونة فيأبى و ينكر نسبه الى المدين فيخاصمه حتي يثبت في وجهه نسبه ويلزمه بأخذ دينه وتسليمه ماهو مرهون عنده

وان كان الرابع وهو المدين بان يكون على شخص دين للمتوفى فيطالب مدعى النسب أمام القاضى أنه يستحق نصف الدين الذى عليه مثلا او ربعه بصفته وارث فلان ويطلب من القاضى ان يأمره بالتسليم فيقر المدعى عليه بالدين وينكر نسبه للمتوفى فيثبت دعواه فى وجهه لان كلا من هؤلاء يصلح أن يكون خصما له فيكون اثبات النسب تابعاً لاثبات الحق وعلى كل حال فلا بد ان يذكر المدعى جميع شروط الدعوي التى منها جهة الارث والشخص الذى ينتهي اليه الخصمان بان يذكر فى دعواه الاب اذا كان المدعى عليه هو

الاخ ويذكر اسم الجد اذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا — انظر مادة [٣٥٥]

﴿ الفصل الخامس ﴾
فى أحكام اللقيط

اللقيط لغة اسم لما يرفع من الارض وشرعا اسم لمولود حي نبذه اهله خوفاً من الفقر او فراراً من تهمة الزنا وهذا هو الغالب الآن ثم ان اللقيط اما ان يوجد فى محل يغلب عليه الهلاك ويكون بحيث لو لم يلتقطه لهلك وفى هذه الحالة يكون التقاطه فرض عين بمعنى انه يتعين على من وجده أن يأخذه وإما ان يكون فى محل يغلب عليه الهلاك ولكن لو لم يأخذه من وجده يلتقطه غيره وفى هذه الحالة يكون التقاطه فرض كفاية. وفرض الكفاية هو الذى اذا قام به البعض سقط عن الباقين مثل تجهيز الميت والصلاة عليه . وان وجد فى مكان لايغلب عليه الهلاك يكون التقاطه سنة ومندوبا والسنة هي ماثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قولا او فعلا وعلى كل حال فنابذه آثم يستحق التعذير في الدنيا من أولى الامر والعقاب فى الآخرة من الله جل وعلا لانه اهان نفسا مكرمة قال تعالى (ولقد كرمنا بني آدم) وربما

(مادة ٣٥٥) تثبت الأبوة والبنوة والاخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول ويمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها اذا كان الاب او الابن المدعى عليه لحيا حاضرا او نائبه فان كان ميتاً فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً بل ضمن دعوى حق يقيمها الابن أو الاب على خصم والخصم في ذلك الوارث أو الوصي او للموصى له او الدائن أو المديون وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرهما لاتثبت الا ضمن دعوى حق

قتلها بهذا الالقاء ولأن القاءه ينافي الشفقة التي حث عليها النبي عليه الصلاة والسلام بقوله « من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا» ومن وجده والتقطه يتعين عليه حفظه لانه قد التزم ذلك بالالتقاط فيحرم عليه نبذه ثانياً ومن نبذه بعد التقاطه يكون آثماً اثم من طرحه اولا — انظر مادة (٣٥٦)

واللقيط حر لان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق عارض عليها والاصل ابقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فلا يحكم برقه الا ببينة تشهد على ذلك فيعامل معاملة الاحرار من صحة شهادته وثبوت الولاية له وغير ذلك من احكام الحرية . ولا فرق فى ذلك بين كون ملتقطه حراً او رقيقاً هذا بالنظر الى حريته اما بالنظر الى اسلامه فلا يخلو حاله من احد امور أربعة لان واجده اما ان يكون مسلماً والمحل الذى وجد فيه مقر المسلمين وحكمه فى هذه الحالة ان يكون مسلماً اتفاقاً وإما ان يكون ملتقطه غير مسلم ذمياً كان او مستأمناً والمحل الذى وجد فيه مقر غير المسلمين وفي هـذه الحالة يكون غير مسلم بلا خلاف وإما ان يكون واجده مسلماً والمقر الذى وجد فيه مقر الذميين وحكمه ان يكون مسلماً تبعاً للواجد على الصحيح لان الاسلام في فائدته وقال بعضهم هو غير مسلم تبعاً للمكان ولكنه مرجوح وإما ان يكون ملتقطه ذمياً فى مكان المسلمين وحكمه ان يكون مسلماً تبعاً للمكان

(مادة ٣٥٦) اللقيط وهو المولود الذي ينبذه أهله خوفاً من العيلة او فراراً من تهمة الريبة يستحق الشفقة عليه من أبناء جنسه ويأثم مضيعه ويغنم محرزه احياء لنفسه فمن وجد طفلا منبوذاً فى أى مكان فعليه اسعافه والتقاطه وهو فرض ان غلب على ظنه هلاكه لو لم يلتقطه والا فمندوب ويحرم طرحه والقاؤه بعد التقاطه

الذى وجد فيه على الراجح وقال بعضهم يكون غير مسلم تبعاً للواجد والمعول عليه هو الاول — انظر مادة (٣٥٧)

والملتقط احق بامساك اللقيط من غيره لما له عليه من نعمة الالتقاط فليس لاحد اخذه منه قهراً ولو كان حاكما فقد روى ان رجلا التقط لقيطاً فاتى به الى الامام على كرم الله وجهه فقال هو حر ولم يأخذه منه بالولاية العامة نعم اذا كان واجده غير أهل لحفظه بان كان بحالة يضيع الولد عنده معها وجب نزعه منه وتسليمه الى من يحفظه واذا سلمه لغيره برضاه ثم استلمه ذلك الغير راضياً فليس للأول أخذه من الثانى لانه أسقط حقه والساقط لا يعود واذا اراد الملتقط ان يسلمه للحاكم فله ان لا يقبله منه الا ببينة تشهد على انه لقيط لجواز ان يكون ابنه وانه اراد تسليمه للحاكم فراراً من تربيته . هذا اذا كان الملتقط واحداً فان وجده اثنان وتنازعا فيه فان كان احدهما مسلما والآخر ذمياً فالمسلم أحق به لانه انفع له فان استويا في الدين بان كانا مسلمين او ذميين سلمه الحاكم لاتفهما له وان اتحدا في جميع الاوصاف فالرأى للقاضى يسلمه الى من شاء — انظر مادة (٣٥٨)

وقد يتفق أن من يطرح المولود يضع معه مالا يستعين به الواجد على تربيته فحكم هذا المال ان يعتبر ملكا للقيط لانه فى يده وهو من اهل الملك لكونه حراً فيكون مافي يده له ولا فرق فى ذلك بين ان يكون

(مادة ٣٥٧) اللقيط حر في جميع احكامه ومسلم ولو كان ملتقطه ذمياً مالم يوجد في مقر أهل الذمة وكان ملتقطه غير مسلم

(مادة ٣٥٨) الملتقط أحق بامساك اللقيط من غيره فليس لاحد اخذه منه قهراً

المـال مشدودا به او بدالية في ثيابه او فوقه او تحته او على دابة هو عليها وبما ان الملتقط ليس له عليه الا ولاية الحفظ فليس له ان ينفق عليه منه الا باذن القاضي بما له من الولاية العامة واذا انفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه فليس له ان يرجع على اللقيط بل يعتبر متبرعا الا اذا أنفق عليه باذن القاضي بان قال له أنفق لترجع فحينئذ يثبت له حق الرجوع عليه

ثم اذا تعذر إذن القاضي لبعد المسافة او لكونه متعنتاً لا يأذن كفى في جواز الانفاق عليه والرجوع بما انفقه الاشهاد على ذلك — انظر مادة (٣٥٩)

وبما ان اللقيط تحت رعاية الملتقط فعليه ان يسعى له في كل ما يعود عليه بالمنفعة حتى يكون له مستقبل حسن فيثقف عقله بالعلم اذا كان مستعداً له فان كان غير مستعد لذلك اختار له حرفة تساعده على المعيشة في هـذه الحياة الدنيا واذا اراد الملتقط ان ينقله من جهة الى أخرى جاز له ذلك اذا لم يكن المحل المنقول اليه مضراً به بأن كان غير آمن او كان بحالة تفسد فيها اخلاق اللقيط وكذا يسوغ له ان يتصرف في اموره الضرورية التي هي نافعة له نفعاً محضاً فيجوز ان يشتري له الطعام والكسوة ويؤجر له مسكنا يسكن

ولو كان حاكما الا بسبب يوجب ذلك كأن كان غير اهل لحفظه وان وجده اثنان مسلم وغير مسلم وتنازعاه يرجح المسلم ويقضي له به فان استويا في الدين وفي الترجيح فالرأي مفوض الى القاضي

(مادة ٣٥٩) اذا وجد مع اللقيط مال فهو له وينفق الملتقط عليه منه بعد استئذان القاضي فان انفق من مال نفسه على اللقيط فهو متبرع ولا يكون ما أنفقه ديناً على اللقيط الا ان يأذن له القاضي بالانفاق عليه

فيه ونحو ذلك مما لا بد منه ويجوز له ان يقبل الهبة التي وهبت له ويقبضها له وكذا العارية والصدقة واما الاشياء التي ليست ضرورية ولم تتمحض لنفعه كالتزويج والختان والتجارة في امواله واجارته لتكون الاجرة للملتقط فليس له ذلك لان الولاية على الغير تكون بقرابة او ملك او سلطة عامة ولم يوجد شيء من ذلك عند الملتقط والتصرف في المال يكون بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الأب والجد لاغير نعم اذا جعله القاضي ولياً عليه او اذن له في ذلك صح — انظر مادة (٣٦٠)

ولا يخفي ان اللقيط غير معلوم النسب فهو محتاج اليه اىّ احتياج لانه يسر بثبوت نسبه ويتضرر بعدمه اذ يعير بذلك فاذا ادعاه واحد يثبت نسبه بمجرد الدعوى لانها في فائدته

وان ادعاه اثنان فاما ان يكون الملتقط واحدامنهما اولا فان كان الاول قدمت دعوى من اقام البينة سواء كان الملتقط او غيره لان البينة اقوي براهين الاثبات فان لم توجد بينة قدمت دعوى الملتقط لان الظاهر يشهد له لكونه في يده حتى لو ان غير الملتقط وصف علامة في بدنه ووافقت لا يقدم لان وضع اليد أقوى من العلامة وكان مقتضي القياس ان لا تقبل دعوى الملتقط لانه باعترافه بأنه لقيط يكون معترفاً بأنه ليس ابناً له فيكون متناقضاً

(مادة ٣٦٠) يسلم الملتقط اللقيط لتعلم العلم اولا فان لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة يتخذها وسيلة لتكسبه وله نقله حيث شاء وشراء ما لا بد له منه من طعام وكسوة وقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه وليس له ختنة ولا تزويجه ولا اجارته لتكون الاجرة للملتقط ولا التصرف في ماله بغير شراء ما ذكر من حوائجه الضرورية

الا انه تسومح في ذلك التناقض لانه قد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى سببه مغتفر واذا كان المدعى غير مسلم يكون اللقيط مسلماً تبعاً للمكان او الواجد اذا ثبت النسب بمجرد الدعوى فان اثبت بنوته بالبينة صار تابعاً له في دينه ايضاً وكذا يكون تابعاً له في دينه اذا التقطه ذمي من مكان اهل الذمة كالبيعة او الكنيسة او الحارة الخاصة بهم ثم ان كون النسب يثبت بمجرد دعوى الملتقط اذا كان اللقيط حيا فان كان ميتا فلا يثبت النسب الا بالبينة سواء ترك مالا او لم يترك لان الولد حينئذ غير محتاج الى النسب فتكون دعوى ارث فلا بد فيها من البينة له وهذا ظاهر بالنسبة لما اذا كان له مال فاذا لم يكن له مال تكون دعوى ارث ايضا لاحتمال انه يظهر له مال في المستقبل — انظر مادة [٣٦١]

وان كان الثاني وهو ما اذا كان المدعيان خارجين فاما ان يسبق احدهما الآخر اولا فان سبق احدهما حكم له أقام بينة أولا وفى حالة الحكم له بدون بينة اذا اقام المتأخر بينة فدعواه اولى لتقويتها بالبينة وان ادعياه معا قدمت دعوي من اقام البينة وان عجز كل منهما عنها ولكن وصف احدهما علامة في بدنه ووافقت صحت دعواه وبطلت دعوى الآخر لان وصف العلامة يدل على انه كان في يده وذو اليد مقدم على غيره كما تقدم وان كان احدهما مسلماً والآخر ذميا ولم ترجح دعوى احدهما بينة او علامة فدعوى المسلم اولى لترجيحه بالاسلام لانه انفع للولد وان استوى المدعيان معا ولم يوجد مرجح لاحدهما على الآخر يثبت نسبه من كل

(مادة ٣٦١) اذا ادعي اللقيط واحد ولو غير الملتقط ثبت نسبه منه بمجرد دعواه

منها لانه لا مرجح لاحدهما على الآخر وقد اعترف كل منهما بمافيه المنفعة للولد و بناء على ذلك يلزمهما مايلزم الآباء للابناء فيجب عليهما معا ما يحتاج اليه من اجرة الرضاعة والحضانة وغير ذلك ويرث كلا منهما ارث ابن كامل اذا ماتا قبله وكان اهلا للميراث وقال الشافعي يرجع الى القافة فيثبت نسبه ممن اقربهما اليه شبها — انظر مادة (٣٦٢)

هذا اذا كانت الدعوى من الرجال واما اذا كانت من النساء فلا يخلو الحال من ان تدعيه امرأة واحدة أو أكثر فان ادعته امرأة فاما ان يكون لها زوج حقيقة اوحكما بان تكون في عدة الرجعي اولا فان كان الاول فاما ان يصدقها الزوج او يكذبها فان صدقها قبلت دعواها وثبت نسبه منهما وان كذبها فلها ان تثبت دعواها بشهادة القابلة الحرة البالغة العاقلة العدلة او او امرأة متصفة بما ذكر او بشهادة رجل حر كذلك لان الفراش قائم فلم يبق الا اثبات الولادة وهي تثبت بما ذكر كما تقدم في ثبوت النسب في شرح مادة ٣٤٨

وان كان الثاني وهو ما اذا كانت الزوجية غير قائمة لاحقيقة ولا حكماً

ولو ذميا ويكون اللقيط مسلماً تبعاً للواجد او المكان ان كان اللقيط حيا فان كان ميتافلا يثبت الا بحجة ولو لم يترك مالا وان ادعاه نفس الملتقط ونازعه خارج فالملتقط اولي به ولو وصف الخارج في جسده علامة ووافقت

(مادة ٣٦٢) اذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى احدهما على الآخر فهو ابن السابق عندعدم البرهان وان ادعياه معاً ووصف احدهما علامة فيه ووافقت الصحة يقضى له به مالم يبرهن الآخر. وان ادعاه مسلم وذمي معاً فالمسلم اولى

وكانت معتدة لطلاق بائن فلا تثبت دعواها الا بشهادة رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول هذا عند الامام وقال ابو يوسف ومحمد يكفي شهادة القابلة التي هي اهل لاداء الشهادة لبقاء أثر النكاح وهو العدة والاول اصح هذا كله اذا لم تصرح بانه ابنها من غير زوجها فان صرحت بانه ابنها من غيره صدقت بمجرد دعواها لما فيه من منفعة الولد لانه يلزمها حضانته وارضاعه والنفقة عليه لو كان معسراً وهي موسرة ومثل هذا ما اذا لم يكن لها زوج اصلا وقال بعض المحققين لا تثبت دعواها الا ببينة تامة اى رجلين أو رجل وامرأتين اهل لاداء الشهادة . والفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل هو ان في قبول دعوى الرجل وثبوت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه دفع العار عنه باثبات نسبه الذى لولاه لكان زنيما مقطوع النسب بخلاف نسبه الى امه فانه لا يلحقه عار بعدم معرفة امه وفى ثبوت نسبه من امه ايجاب حقوق كثيرة عليه فلا بد فى اثباتها عليه من البينة وهذا هو الاصح

وان ادعاه امرأتان او اكثر فأيتهن اقامت البينة فهي اولى وان اقمن جميعاً البينة ثبت نسبه منهن لعدم المرجح هذا هو رأى الامام وقال ابو يوسف لا يثبت نسبه لتعارض البينات فان كل بينة تكذب الاخرى وفى الواقع لا يمكن ان تصدق الا بينة واحدة وباقي البينات كاذبة لاستحالة ولادة الولد الا من امرأة

به وان استوي المدعيان معاً ولم يكن لاحدهما مرجح على الآخر يثبت نسبه منهما ويلزمهما في حقه ما يلزم الآباء للابناء من أجرة الحضانة والنفقة بانواعها ويرث من كل منهما ان كان اهلا للميراث

واحدة وبما ان الصادقة غير معلومة للقاضي فلا يمكن الحكم لها ولا للكل اما عدم امكان حكمه للصادقة فظاهر لما انه لا يعرفها واما حكمه للكل فلأنه يترتب عليه ثبوت نسب الولد ممن هي كاذبة فيكون حكما بلا بينة وقد تقدم ان الولد لا يلحقه عار بعدم معرفة نسبه من امه فلا تثبت دعوى الامومة الا ببينة وهذا هو الظاهر — انظر مادة (٣٦٣)

ونفقة اللقيط واجبة في ماله ان كان له مال او على أبيه ان ادعى احد نسبه او على قريبه ان علم له قريب فان لم يكن شيء من ذلك فنفقته على بيت المال لان تركته ولو دية له اذ الغرم بالغنم وكذلك يجب على بيت المال بدل جنايته اذا جنى اللقيط على احد واذا كان محتاجاً لزوجة تخدمه لضرورة دعت الى ذلك لزم بيت المال تزويجه اما اذا كان غير محتاج اليها للخدمة فلا يجب عليه ذلك لانه يلزم على ذلك صرف اموال المسلمين بدون ضرورة وهو لا يجوز — انظر مادة (٣٦٤)

﴿ الباب الثاني ﴾

« فيما يجب للولد على الوالدين »

كما ان للوالد على ولده حقوقاً كذلك للولد على ابويه حقوق ينبغي القيام

---

(٣٦٣) اذا ادعت اللقيط امرأة ذات بعل فان صدقها او اقامت بينة على ولادتها أو شهدت لها القابلة صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن بعلها والا فلا وان لم تكن ذات بعل فلا بد من شهادة رجلين او رجل وامرأتين

(مادة ٣٦٤) اذا لم يكن للقيط مال ولا ادعى أحد نسبه وأبى الملتقط الانفاق عليه وبرهن على كونه لقيطاً يترتب له من بيت المال ما يحتاج اليه من نفقة وكسوة

بهـا فيلزمهما تربيته تربية حسنة كل بما يناسبه فالام تحضنه وترضعه والاب يقوم بمصالحه ولوازمه فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك بأن يعوّده على الاخلاق الحسنة ويجنبه الاخلاق السيئة واذا تعددت الاولاد يطلب من الابوين المساواة بينهم حتى يكونوا متحابين فان ايثار بعضهم على بعض يغرس بينهم اشجار البغضاء والخلاف ولذلك قال عليه الصلاة والسلام « ساووا بين اولادكم في العطية » وقال صلى الله عليه وسلم : « من حق الولد على الوالد ان يحسن ادبه ويحسن اسمه » . فاذا بلغ ست سنين نظمـه في سلك تعليم ما هو مستعد له ليتحلى بأعظم حليـة ويكون عضواً عاملا في الهيئة الاجتماعية فيكون لابويه اثراً حميداً وذكراً حسناً وكذا ينبغي للاب ان يعتني بحفظ مال اولاده بقدر ما يمكنه ويحرم عليه ضياعه في غير مصالح اولاده الشرعية وعلى الابوين ان يكونا مثال الاستقامة والادب امام اولادهم وبذلك تنشأ الاولاد مطبوعة على الاخلاق الحسنة المكتسبة بطريق العمل في مبدا فطرتهم حتى تكون طبيعة لهم فيعملون بها ما عاشوا ويعلمون اولادهم وغيرهم بحيث يكون الابوان قد سنا سنة حسنة ومن سن سنة حسنة فله ثوابها وثواب من عمل بها الى يوم القيامة — انظر مادة (٣٦٥)

وسكنى ودواء اذا مرض ومهر اذا زوجه القاضي ويكون ارثه ولو دية لبيت المـال وعليه ارش جنايته

(مادة ٣٦٥) يطلب من الوالد أن يعتني بتأديب ولده وتربيتـه وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله والقيام بنفقته ان لم يكن له مال حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتتزوج الانثى ويطلب من الوالدة الاعتناء بشأن ولدها وارضاعه في الاحوال التي يتعين عليها ذلك

الفصل الاول

فى الرضاعة

الام لا تجبر على ارضاع ولدها لان امتناعها دليل عدم قدرتها على ذلك نظراً لوفور شفقتها ولذا قال تعالى (وان تعاسرتم فسترضع لهأخرى) غير انهناك احوالا ضرورية تستدعي اجبار الام على ارضاع ولدها وهى ثلاثة:

اولا — اذا كان الاب فقيراً لا يجد ما يستأجر به من ترضعه ولا مال للولد فتجبر على الارضاع لاجل حفظ حياة الولد.

ثانياً — اذا وجد مال عند الاب او الولد ولم يوجد من ترضعه فيلزمها ارضاعه احياء لنفسه وقال بعضهم لا يلزمها ذلك لانه يمكن استغناء الولد عن اللبن باشياء اخرى كدهن اللوز والاول هو الصحيح لان قصر الرضيع الذى لم يتعود الطعام على الدهن والشراب قد يؤدى الى ضعفه وموته.

ثالثاً -- اذا كان الولد لا يقبل ثدياً غير ثدى امه فان الام يلزمها ارضاعه محافظة على حياته وهذا اذا لم يمكن استغناؤه ببعض الاطعمة كدهن الفستق او اللوز او لبن الماعز بدون ان يلحقه ضرر بسبب غذائه بتلك الاشياء فان امكن ولم يحصل للولد ضرر فلا يلزمها الارضاع ومع ذلك فلها الاجرة عليه ان كانت تستحقها وتأخذها فى الحال ان كان موسرا والا فهي دين عليه ترجع بها عند يساره — انظر مادة (٣٦٦)

(مادة ٣٦٦) تتعين الام لارضاع ولدها وتجبر عليه فى ثلاث حالات

(الاولى) اذا لم يكن للولد ولا لابيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة

(الثانية) اذا لم يجد الاب من ترضعه غيرها

فان قامت الام بارضاع ولدها فبهاوان امتنعت عنه وكان غير واجب عليها فلا تجبر بل على الاب ان يستأجر مرضعة ترضعه عندها لتتعهده وتقوم بمصالحه — انظر مادة [٣٦٧]

والام لا تستحق الاجرة على الارضاع في كل الاحوال بل في بعضها وبيانه ان الزوجية اما ان تكون قائمة أو غير قائمة فان كانت قائمة ولو حكماً بان كانت مطلقة طلاقاً رجعياً فانها لا تستحق أجرة على ارضاع ولدها الذى جاءت به منه فاذا ارضعته فليس لها المطالبة بالاجرة لان الواجب عليه رزقها وهو واجب عليه لقيام الزوجية فلو اخذت اجرة على الارضاع لكان لها رزقان مع ان الحق سبحانه وتعالى انما اوجب عليه رزقا واحداً قال تعالي (وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف) نعم اذا ارضعت ولد زوجها من غيرها فلها الاجرة على ذلك لانه اجنبي بالنسبة اليها فهو كأخذ الاجرة على ارضاع ولد لغير زوجها وهو جائز وان كان زوجها ينفق عليها ـ انظر مادة [٣٦٨]

فان كانت الزوجية غير قائمة بان حصل الطلاق البائن فاما ان تكون قد خرجت من العدة اولا فان كان الاول استحقت الاجرة اتفاقاً لقوله

(الثالثة) اذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها

(مادة ٣٦٧) اذا أبت الام ان ترضع ولدها في الاحوال التى لا يتعين عليها ارضاعه فعلى الاب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها

(مادة ٣٦٨) اذا أرضعت الام ولدها من زوجها حال قيام الزوجيــة او عدة الطلاق الرجعى فلا تستحق أجرة على ارضاعه فاذا استأجرها لارضاع ولده من غيرها فلها الاجرة

تعالى (فان ارضعن لكم فآتوهنّ اجورهنّ) وان كان الثاني ففيه خلاف قال بعضهم انها تستحق الاجرة لان النكاح قد زال فألحقت بالاجانب وهذا هو الذى عليه العمل وروى الحسن عن الامام انه ليس لها أجرة لان العدة من احكام النكاح ولذا لا تجوز شهادة احدهما للآخر ولا دفع زكاة احدهما الى صاحبه والنفقة ثابتة لها وعلة سقوط اجرها حال قيام الزوجية انما هو وجوب النفقة عليه بسبب الزوجية وبما ان هذه العلة موجودة حال عدة البائن فيوجد معلولها وهو عدم استحقاق الاجرة لان المعلول يدور مع العلة وجوداً وعدماً . انظر مادة [1]

ولما كانت الام اكثر الناس حناناً وشفقة على ولدها كانت اولى به في الارضاع وغيره . ولا فرق فى ذلك بين كون الزوجية قائمة اولا الا ان هذه الاولوية مقيدة بما اذا لم تطلب زيادة علي ما تطلبه الاجنبية او لم توجد اجنبية متبرعة لان فى تقديم غيرها عليها فى الحالة الاولى اضراراً بها وهو لايجوز . نعم اذا وجدت اجنبية ترضعه بأجر أقل مما تطلبه الام ولو كان الذي تطلبه الام اجر المثل والذى تطلبه الاجنبية دون ذلك او كانت الاجنبية متبرعة والام تطلب اجراً فهي اى الاجنبية احق لان المقصود غذاء الرضيع وقد امكن الحصول عليه بدون مشقة على الاب فيكون فى تقديم الام على الاجنبية اضرار بالاب وقد قال تعالى (لا تضارّ والدةٌ بولدها ولا مولودٌ له بولده) ولكن لا تضار الوالدة بأخذ الولد منها بل ترضعه عندها ولا فرق فى حكم

---

[1] (مادة ٣٦٩) اذا أرضعت الام ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن او فيها وطلبت اجرة على ارضاعه فلها الاجرة

الرضاع بين كون الاب موسراً او معسراً اما بالنسبة للحضانة ففي كليهما تفصيل يأتي في مادة ٣٩٠

ثم ان محل كون الاب مطالباً بالاجرة عند استحقاق الام لها انما هو في حال عسرة الولد فان كان له مال فالاجرة عليه دون ابيه وان كان غنياً لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه الا الزوجة فان نفقتها في نظير انضمامها ومكثها عند الزوج فنفقتها عليه وان كانت غنية بخلاف الولد فان نفقته للحاجة وبيساره اندفعت حاجته فلا تجب على غيره — انظر مادة (٣٧٠)

هذا اذا حصل اتفاق على الاجرة فان لم يحصل بان ارضعت الام ولدها ولم تعقد مع ابيه عقد اجارة وكانت تستحق اجرة ارضاعها من ابيه لعدم قيام الزوجية وانقضاء العدة فلها ان تطالبه بأجرتها لان ايجاب رزقها عليه غير مقيد بوجود العقد بينهما كما هو ظاهر من قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال بعض العلماء اذا لم يكن بينهما عقد اجارة فلا تستحق عليه شيئاً لان اقدامها على ارضاع ولدها بدون طلب اجرة دليل على تبرعها

(مادة ٣٧٠) الام أحق بارضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الاجنبية مالم تطلب أجرة أكثر منها ففي هذه الحالة لا يضار الاب وان رضيت الاجنبية بارضاعه مجاناً أو بدون أجرة المثل والام تطلب أجرة المثل فالاجنبية أحق منها بالارضاع وترضعه عندها وللام أخذ أجرة المثل على الحضانة مالم تكن المتبرعة محرماً للصغير وتتبرع بحضانته من غير ان تمنع الام عنه والاب معسر فتخير الام بين امساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة كما هو موضح في مادة ٣٩٠

فتكون مسقطة لحقها والساقط لا يعود وكلا الرأيين صحيح فيلزم القاضى النظر في امر الام فان كان حالها يدل على احتياجها وأن مثلها لا يتبرع عمل بالرأى الاول وان كان حالها يدل على انها تتبرع وانها تطلب الاجرة طمعاً او تعنتا عمل بالثانى والمدة التي تستحق المرضعة فيها أجرة رضاعها هى حولان لاغير لقوله تعالى (والوالدات يرضعنَ اولادهنَّ حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة) ولا رضاع بعد التمام — انظر مادة (٣٧١)

واجرة الرضاع لا تأخذ حكم نفقة الزوجة من السقوط بل تأخذ حكم سائر الديون لانها فى نظير عمل وبناء على ذلك لا تسقط اجرة الرضاع بمضى شهر مثلا ولا بموت الام ولا بموت الاب فان ماتت الام فلورثتها مطالبته بالاجرة وان مات الاب فاجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك اصحاب الديون فيها — انظر مادة (٣٧٣)

وفي كل موضع ثبت للام أخذ أجرة الرضاع بعقد الاجارة اذا صالحت الزوج عن الاجرة صح الصلح وفى كل موضع لا يثبت لها اخذ الاجرة على الارضاع لا يصح الصلح وينبنى على ذلك انه اذا صالحت ام الولد اباه عن اجرة الرضاع على شئ معلوم فان كان هذا الصلح حال قيام الزوجية حقيقة

(مادة ٣٧١) في كل موضع جاز استئجار الام على ارضاع ولدها يكون لها الاجرة ولو بلا عقد اجارة مع أبيه أو وصيه فيأمره الحاكم بدفع أجرة المثل لها مدة ارضاعه ومدة الارضاع في حق الاجرة حولان لا أكثر

(مادة ٣٧٣) الاجرة المعدودة للام على ارضاع ولدها لا تسقط بموت أبيه بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه

اوحكماً فهو غير صحيح لانها لاتستحق أجرة على الرضاع فى هاتين الحالتين وان كان الصلح فى عـدة الطلاق البائن سواء كان بواحـدة او ثلاث صح الصلح على القول المعمول به الآن وان كان بعد انقضائها مطلقاً اى سواء كانت العـدة من طلاق رجعى او بائن صح الصلح اتفاقا فيجب مااصطلحا عليه لاستحقاق الأم الاجرة — انظر مادة (٣٧٣)

فان كانت مرضعة الطفل غير امه سمت تلك المرضعة ظئرا وهذه تلزم بالارضاع مدة عقد الاجارة الا اذا طرأ مايستوجب نسخه فان انتهت مدة الاجارة فلا تجبر على ارضاعه الا اذا كان يترتب على ذلك ضرر لطفل بأن لم يقبل ثدى غيرها اولم توجد مرضعة سواها الان فى عدم ارضاعها اياه ضررا عظيما وربما أدي ذلك الى موته ومع كون الظئر ملزمة بالارضاع على ما بين فلا تلزم بالمكث عند ام الرضيع بل لها ان ترضعه وتخرج او ترضعه فى فناء البيت

ومحل كون الظئر لاتلزم بالمكث فى بيت الام اذا لم يشترط عليها ذلك فى عقد الاجارة فان شرط عليها ذلك لزمها المقام فى بيت الام لانها قد التزمت بذلك ومن التزم بشيء لزمه القيام به — انظر مادة (٣٧٤)

(مادة ٣٧٣) حكم الصلح كالاستئجار فاذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شئ فان كان الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما فهو غير صحيح وان كان في عدة البائن بواحدة أو ثلاث صح ووجب ما اصطلحا عليه

(مادة ٣٧٤) الظئر أى المرضعة المستأجرة اذا أبت ان ترضع الطفل بعد انقضاء مدة الاجارة وكان لايقبل ثدى غيرها تجبر على ابقاء الاجارة ولا تلزم بالمكث عند

الفصل الثاني

في مقدار الرضاع الموجب للتحريم

الرضاع لغة شرب اللبن من الثدي او الضرع وشرعاً مص الرضيع من ثدى الآدمية فى مدة الرضاع وسبب التحريم بالرضاع هو الجزئية الناشئة من الغذاء باللبن كما ان علة الحرمة بالقرابة هي الجزئية وقد اختلف العلماء فى المقدار الموجب للتحريم فقال ابو حنيفة ومن وافقه قليل اللبن وكثيره سواء فى ثبوت الحرمة بالرضاع واستدلوا بقوله تعالى (وأمهاتكم التي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وبقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» من غير تقييد وبأنه مهما قل فقد نشأ منه جزء مناسب ولكن لما كان النمو بالرضاع أمراً غير ظاهر أسند الحكم بالتحريم الى سببه وهو الرضاع وقال الامام الشافعي المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات واستدل على ذلك بما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت «خمس رضعات مشبعات يحرمن» وهذا الحديث وان كان يشهد له الا ان الحنفية ومن وافقهم يقولون انه مضطرب وغير مشهور فلا يلاقي كتاب الله تعالى وحديث رسوله صلى الله عليه وسلم ولذا قال ابن مسعود رضي الله عنه آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم وكان ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال عبد الله بن مسعود قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وهذا

أم الطفل ما لم يشترط ذلك في العقد

مذهب على وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين ومع كون الحنفية متفقين على ان قليل اللبن وكثيره سواء فقد اختلفوا فى المدة التى يثبت فيها التحريم فقال ابو يوسف ومحمد ومعها باقى الائمة الزمن الذى تثبت فيه الحرمة بالرضاع سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة) ولا زيادة بعد التمام ولقوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ومعلوم ان أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى (وفصاله في عامين) وقوله عليه الصلاة والسلام «لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام» وقال ابو حنيفة الزمن الذى يكون فيه التحريم سنتان ونصف واستدل على ذلك بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً لان هذا أجل تعين لامرين فيثبت لكل منهما كاملا الا انه قام دليل التخصيص على زمن الحمل وهو ماروى عن عائشة أنها قالت ـ لا يمكث الحمل فى بطن امه اكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل ـ فيبقى الاجل على عمومه فى حق الثاني وهو الفصال ونظيره مالو قال أجلت الدين الذى لى على احمد والذى لى على محمد سنة فيفهم ان السنة بكمالها تثبت لكل منهما ولانها بعد السنتين لا بد من زمن يتعود فيه الرضيع على الغذاء فقدر بادنى مدة الحمل

واما الادلة الاخري فالمراد منها تعين زمن استحقاق الاجرة وبالتأمل يعلم ان دليل الصاحبين اقوى لان تخصيص الادلة بزمن الاستحقاق غير ظاهر لانه تخصيص بلا مخصص بل المتبادر منها حكم الرضاع وحكم استحقاق الاجرة وحيئنذ يكون قوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) بياناً لأقل مدة الحمل ومدة الفصال بدليل (وفصاله في عامين) وهناك آراء أخرى اقل

اهمية من هذين الرأيين فان زفر قال يثبت التحريم في مدة ثلاث سنين وتكون السنة الثالثة ليتعود الرضيع على الغذاء فى الفصول الاربعة فان كل فصل له غذاء خاص مثل السنة التى ضربت للعنين وقال بعضهم يثبت التحريم مطلقاً سواء كان في الحولين أو بعدهما لاطلاق النص وهو قوله تعالى (وأمهاتكم التى ارضعنكم) ولكن الاول من هذه الاقوال هو المعول عليه وينبنى على ذلك انه اذا رضع الصبي من امرأة ولو بكرا او ميتة في زمن الحولين عند الصاحبين او الحولين ونصف عند الامام ثبت التحريم بذلك الارضاع ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الولد محتاجاً الى اللبن او مستغنياً عنه في زمن الحولين ويروى عن الامام انه اذا اكتفى الولد بالطعام واستغنى به عن اللبن فلا يثبت به التحريم ويكفى في ثبوت التحريم وصول القليل من اللبن ولو كان قطرة واحدة الا انه يشترط فى ثبوت الحرمة العلم بوصول اللبن الى جوف الرضيع من القناة الهضيمة سواء كان الوصول بواسطة فمه مصاً او ايجارا اى ادخالا في فمه او اسعاطا من الانف وعلى ذلك لو ان الصبي اخذ حلمة الثدى ولكن لم يعلم هل وصل اللبن فى جوفه اولا لم يثبت التحريم لان الاحكام تبنى على اليقين لا على الشك وكذا لا يثبت التحريم بالحقن باللبن لانه لا يغذى عادة وقال محمد ومالك يثبت به التحريم كما يثبت به الاقطار لانه مغذ فى الجملة .نعم لا يثبت التحريم بادخال اللبن فى الآمّة وهى الجرح الذى يكون فى الرأس ولا بالاقطار في الاذن والعين وفى الجائفة وهي

الجرح الذى يكون في البطن اتفاقاً لان اللبن بهذه الكيفية لا يكون مغذياً — انظر مادة (٣٧٥)

فاذا علمنا ان الرضاع محرم ظهر لنا جلياً ان المرأة اذا ارضعت صبياً فى المدة المحددة للتحريم سواء كانت سنتين على قول الصاحبين او سنتين ونصفا على قول الامام صارت امه من الرضاع فيحرم عليهما التزوج ببعضهما ولو كان للمرأة زوج ونزل لها اللبن بواسطته صار ذلك الزوج أبا للرضيع سواء كان عقد الزواج صحيحاً او فاسداً وان نزل اللبن بسبب وطء بشبهة فاما ان تكون الشبهة معتبرة ومسقطة للحد او غير معتبرة فان كانت معتبرة وارضعت المرأة بنتاً من هذا اللبن صار ذلك الرجل أبا لها فلا يجوز له تزوجها وان كانت الشبهة غير معتبرة بان عقد على امرأة محرمة عليه تأبيداً وهو يعلم الحرمة يكون حكم هذا اللبن حكم لبن نزل بسبب الزنا . وقد اختلف العلماء فى حكمه فقال بعضهم انه كالحلال بالنسبة لاصول الزاني وفروعه فاذا ارضعت المرأة بنتاً حرمت على الزاني وآبائه وابنائه ولا تحرم على غير هؤلاء . فلعم الزاني ان يتزوجها كما يجوز له ان يتزوج الزانية وقال بعضهم ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة

(مادة ٣٧٥) يثبت تحريم النكاح بالرضاع اذا حصل في مدة الحولين المقدرة له ولو بعد استغناء الطفل بالطعام فيهما ويكفي فى التحريم قطرة واحدة من لبن المرأة المرضعة ولو حليبا من ثديها بعد موتها اذا تحقق وصول القطرة الى جوف الرضيع من فمه مصاً أو ايجارا أو من أنفه اسعاطاً فلو التقم الحلمة ولم يدر أدخل اللبن في حلقه أم لا فلا يثبت التحريم وكذا لا يثبت بالحقن والاقطار فى الاذن والجائفة والآمة

ما لم يثبت النسب والظاهر ان الاول اوجه لان ماء الرجل له دخل فى وجود لبن المرأة مثل تلقيح النخيل فهو مخصب له فيضاف اليه ايضاً

وكما يثبت التحريم بين الرضيع وامه وأبيه يثبت بين الرضيع وأولاد المرضعة سواء كانوا اولاداً للرجل الذى نزل بسببه اللبن وحينئذ يكون الرضيع وهؤلاء الاولاد اخوة اشقاء من الرضاع او كانوا من المرأة دون الرجل وحينئذ يكونون اخوة لام او كانوا من الرجل الذى نزل اللبن بواسطته دون المرأة وحينئذ يكونون اخوة لاب من الرضاع

ولا يشترط فى ثبوت التحريم بالرضاع كونهم فى زمن واحد بل كل من رضع من امرأة صار اخاً لأولادها سواء ولدوا فى الماضى او في المستقبل وصاروا اخوة لابناء الرجل الذى هو سبب فى نزول اللبن اى ان اختلاف الزمن لاينفى التحريم بل المدار في ثبوت الحرمة على الاجتماع على ندى واحد وان تغايرت الاوقات كما ان المدار فى ثبوت ابوة الرجل للاولاد الذين رضعوا كونه سبباً فى وجود اللبن الذى ارتضعوه وان اختلف الزمن فلو أن رجلا تزوج امرأة ثم ولدت منه وارضعت غلاماً ثم بعد عشر سنين حملت منه ثانياً ثم ولدت بنتاً وارضعت اخري فالبنتان اختان للغلام الذى رضع منها منذ عشر سنين وكذا لوكان لرجل امرأتان فولدت احداها وارضعت بنتا ثم بعد خمس عشرة سنة ولدت الاخرى ولداً وارضعت معه ولداً آخر فالولدان اخوان للبنت التى رضعت من المرأة الاولى

وكما يثبت التحريم بين الرضيع واولاد الرجل والمرضعة من النسب يثبت ايضا بينه وبين اولادهما من الرضاع. وفى ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل

عند الشافعي رأيان احدهما انه لا حرمة بين الرضيع والرجل الذى نزل اللبن بواسطته لان اللبن الذى تغذى به الولد جزء للمرأة المرضعة لا جزء للرجل — وثانيهما ان الحرمة ثابتة وهو الارجح عملا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » — انظر مادة [٣٧٦]

ومن هذا الحديث يظهر لنا ان كل من يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع وينبنى على ذلك انه لا يجوز للرضيع ان يتزوج اصوله وفروعه من الرضاع فلا يحل لمن رضع من امرأة ان يتزوجها ولا يتزوج امها ولا ام ابيها ولا كل امرأة هي اصل له رضاعا كما يحرم عليه ذلك نسبا وكذا لا يحل لصاحب اللبن ان يتزوج الصبية التى رضعت من امرأته لانها بنته ولا يجوز له ايضا أن يتزوج بنت ابنه رضاعا او بنت بنته كذلك وكذا لا يجوز لرجل ان يتزوج اخته من الرضاع سواء كانت شقيقة بأن رضعا من امرأة وكان سبب اللبن الذى رضعا منه واحداً أوكانت اختا له لأب بأن رضع الصبي من امرأة ورضعت صبية من امرأة اخرى كان سبب نزول اللبن لهما رجلا واحداً بأن كان زوجا لهما أو كانت اختا له من الام بأن ارضعت امرأة غلاما ثم طلقت من زوجها وتزوجت بآخر فولدت منه وارضعت بنتا من اللبن الذي تسبب

(مادة ٣٧٦) كل من أرضعت طفلا ذكرا كان او أنثى فى مدة الحولين ثبتت أمومتها له وبنوته للرجل الذى نزل اللبن بوطئه سواء وطئها بنكاح صحيح او فاسد أو بشبهة وتثبت أخوته لاولاد المرضعة الذين ولدتهم من هذا الرجل أو من غيره أو أرضعتهم قبل ارضاعه او بعده ولاولاد الرجل المولودين من صلبه من غير هذه المرضعة ولاولاده من الرضاعة

فى وجوده عنـدها الزوج الثانى

وكذلك يحرم على الرجل ان يتزوج بنت اخته رضاعا كما يحرم عليه ذلك نسبا وتحرم عليه عمته رضاعا سواء كانت عمـة شقيقة بأن كانت تلك العمة اخت ابيه رضاعا لاب وام او كانت عمة لاب بأن كانت اخت ابيه رضاعا لاب او كانت عمة له لام بأن كانت اختا لابيـه رضاعا لام كما سبق ويحرم ايضا على الرجل خالته رضاعا اى اخت امه رضاعا شقيقة كانت او لأب او لام وهو واضح

وليست حرمة الرضاع قاصرة على ما يحرم من النسب بل يشمل ما يحرم بالمصاهرة ايضا فكما يحرم على الانسان ان يتزوج امرأة ابنـه او امرأة أبيه نسبا كذلك لا يجوز له ان يتزوج امرأة ابنه او امرأة أبيه رضاعا وظاهر ان حكم التحريم غير مفهوم من حديث (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) بل حكمه مستفاد من قوله تعالى (وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم) وقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فكما ان حرمة زوجة الابن ثابتة بقوله تعالى وحلائل ابنائكم كذلك حرمة زوجة الابن رضاعا ثابتة بهذه الآية لان ذكر الاصلاب ليس لاخراج غير زوجة الابن النسبي بل انما ذكر لاخراج زوجة المتبني لا غير فتبقى شاملة للابن رضاعا ايضا

وكما ان حكم حرمة زوجة الآباء مأخوذ من قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فكذا حكم تحريم زوجة الاب رضاعاً لان الاب رضاعاً يسمى اباً شرعاً ولان الشارع جعل بينهما رابطة قوية بسبب الرضاع حتى سمى أحدهما اباً والآخر ابناً فلا ينبغي قطع تلك الرابطة بتزوج زوجة

الآخر فان زواجها يغرس بينهما شجر البغضاء فيصيران عدوين بعد أن كان احدهما يعتبر نفسه اباً والآخر يعتبر نفسه ابناً له ولا فرق في ثبوت التحريم بين كون الابن او الاب دخل بالمرأة او لم يدخل لعموم النص

ولما كان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» يشمل بعض افراد وكان ذلك يوهم تحريم تلك الافراد بالرضاع مع انه بالتأمل يعلم انه لا يشملها عمد الى بيانها حتى ينكشف الغطاء وهذه الافراد هي ام الاخ وأم الاخت واخت الابن والبنت وجدة الابن وجدة البنت وام العم والعمة وام الخال والخالة وعمة الابن والبنت وبنت عمة الابن وبنت عمة البنت وبنت اخت الابن وبنت اخت البنت وام ولد الابن وام ولد البنت وابو اخي المرأة واخو ابنها وابو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن اخت ولدها فهؤلاء لا يحرمون بالرضاع كما يحرمون بالنسب لان حرمة من ذكر بالنسب قد ثبتت لعلة الجزئية فاذا لم تحقق تلك العلة انتفى التحريم كما في أخت الاخ نسباً فانه في بعض الصور يسوغ له ان يتزوجها كما اذا كان له اخ لاب نسباً ولذلك الاخ اخت نسبا من الام فانه يجوز لاخيه لاب ان يتزوجها لانها أجنبية بالنسبة اليه ولاجزئية بينهما فلا تحريم وبما انه لا جزئيــة بواسطة الرضاع في هذه الافراد فلا تحريم ايضا وحينئذ لا تكون تلك الافراد مستثناة من الحديث لانه لا يشملها اصلا لعدم الرابطة والرضاع انما يحرّم اذا اوجد رابطة كرابطة النسب كما هو جليّ من قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وهاك بيان كل فرد على حدته لتتضح لك الحقيقة فاقول : يحل للرجل ان يتزوج ام إخيه رضاعا

وهذه الجملة تحتمل ثلاث صور لانه اما ان يكون لهأخ من الرضاع وذلك الاخ له ام من الرضاع ولم يرضع منها ذلك الاخ ومعلوم انها اجنبية بالنسبة اليه فتحل لهُ وإما ان يكون له اخ من الرضاع له ام من النسب ولم يرضع منها فله ان يتزوجها لعدم الرابطة بينهما واما ان يكون له اخ من النسب وذلك الاخ له ام من الرضاع فله تزوجها كما تقدم . وما قيل فى ام الاخ رضاعا يقال في ام الاخت رضاعا واما اذا كان له اخ من النسب ولذلك الاخ ام من النسب فلا يجوز له ان يتزوجها لانها اما ان تكون امه ان كانت امهما واحدة واما ان تكون موطوءة ابيه وكلتاهما محرمة عليه كما سبق .وكذا يحل للرجل ان يتزوج اخت ابنه رضاعا وهذه ايضا مجملة ولها صور ثلاث لانه اما ان يكون للرجل ابن من الرضاع ولذلك الابن اخت من الرضاع بان رضع الولد من امرأتهثم رضع مع البنت من امرأة أخرى ولم ترضع تلك البنت من امرأته اصلا فتلك البنت غير محرمة على ذلك الرجل لانها اجنبية منه واما ان يكون له ابن من الرضاع ولذلك الابن اخت من النسب لم ترضع من امرأته فهي حلال له لعدم الرابطة وإما ان يكون له ابن من النسب ولابنه اخت من الرضاع بان رضع معها من امرأة غير زوجة الرجل فتحل له لما تقدم واما اذا كان له ابن من النسب ولابنه أخت من النسب فلا تحل له لانها اما ان تكون بنته واما ان تكون بنت زوجته ومعلوم أنها محرمة عليه فى الحالتين وحكم أخت ابنته هو حكم أخت ابنه. ويحل للرجل ان يتزوج جدة ابنه رضاعا وهذه العبارة تشمل ثلاث حالات أيضا لانه يحتمل ان يكون لهابن من الرضاع والابن له

جدة من الرضاع او يكون له ابن من الرضاع له جدة من النسب او يكون له ابن من النسب وله جدة من الرضاع وفى كل هذه الصور تحل له الجدة لانها أجنبية منه وليس بينهما ادنى جزئية بواسطة الرضاع نعم لو كان له ابن من النسب وللابن جدة من النسب فلا تحل له تلك الجدة لانها من أصول زوجته وهى محرمة عليه بمنطوق قوله تعالى (وامهات نسائكم) وكذا الحكم فى جدة بنته وايضا يحل للرجل ان يتزوج ام عمه من الرضاع والصور المتقدمة تأتى هنا لانه اما أن يكون له عم من الرضاع اى اخ لابيه رضاعا شقيقا كان أو لاب او لام وذلك العم له ام من الرضاع واما ان يكون له عم من الرضاع والعم له ام من النسب واما ان يكون له عم من النسب وللعم ام من الرضاع وعلى كل حال فله ان يتزوجها لعدم تحقق علة التحريم فى النسب وأما اذا كان له عم من النسب ولعمه أم من النسب فلا يجوز له تزوجها لانها اما أن تكون جدته او موطوءة جده وهما محرمتان عليه كما سبق. وما قيل فى أم العم يقال في أم العمة وأم الخال وأم الخالة لان الحكم واحد فى الكل. ويحل للرجل ان يتزوج عمة ابنه رضاعا وهذه العبارة لها صور ثلاث ايضا لانه اما ان يكون له ابن رضاعا والابن له عمة رضاعا او يكون له ابن من الرضاع والابن له عمة من النسب او يكون له ابن نسبي ولابنه عمة من الرضاع وهى اجنبية منه فى جميع هذه الصور فيسوغ له ان يتزوجها شرعا وأما اذا كان له ابن من النسب ولابنه عمة من النسب فليس له تزوجها لانها اخته وما قيل فى عمة الابن يقال في عمة البنت. ويعلم حل تزوج بنت عمة ابنه وبنته رضاعا من باب اولى واذا علمنا ان اخت الابن رضاعا تحل نعلم ان بنتها تحل ايضا بطريق الاولوية

ويحل للرجل أيضاً ان يتزوج ام ولد ابنه مذكرا كان الولد او مؤنثاً ومعنى العبارة ان يكون للرجل ابن وللابن ابن او بنت وذلك الابن او البنت لها ام والمسألة لها اربعة أحوال لان الابن اما ان يكون من الرضاع وللابن ابن او بنت من الرضاع وله اولهما أم من الرضاع او من النسب فتحل للاب لانها اجنبية منه واما ان يكون للرجل ابن من الرضاع وللابن ولد من النسب مذكرا كان او مؤنثاً ولذلك الولد ام من الرضاع فتحل له بخلاف ما اذا كانت اما من النسب فانها لاتحل لكونها زوجة ابنه رضاعاً واما ان يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من الرضاع مذكرا كان او مؤنثاً ولذلك الولد ام من الرضاع او من النسب فتحل له لانها اجنبية منه واما ان يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من النسب مذكراً كان او مؤنثاً ولذلك الولد ام من الرضاع فتحل للرجل لانها أجنبية بالنسبة اليه فان كانت اما نسبية ايضاً فلا تحل لانها حليلة ابنه نسباً ومن هذا يعلم حكم ام ولد بنته .

ومتى علمنا ان الرجل يحل له ان يتزوج أم أخيه رضاعاً علمنا ان المرأة يجوز لها التزوج باخي ابنها رضاعاً لما فى ذلك من التلازم وكذا يقال اذا جاز للرجل ان يتزوج اخت ابنه رضاعاً جاز للمرأة التزوج بابى اخيها رضاعاً لما بينهما من التلازم وهكذا يقال فى الصور التى بعدها — انظر مادة (٣٧٧)

(مادة ٣٧٧) يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة فلا يحل للرجل أن يتزوج اصوله وفروعه من الرضاع وأخته الشقيقة رضاعاً واخته من ابيه واخته من امه وبنت أخته وعمته وخالته وحليلة ابنه رضاعاً وحليلة ابيه كذلك ولو لم يدخل بها ويحل له ان

وكما لايجوز للرجل ان يتزوج ام امرأته مطلقاً ولا بنت امرأته ان دخل بأمها نسباً كذلك لايجوز اذا كانت الام او البنت من الرضاع.

ويعلم من هذا انه اذا كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة فى المدة الموجبة للتحريم وهى حولان على قول ابى يوسف ومحمد وحولان ونصف على قول الامام كما تقدم حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعاً وهو لايجوز كالجمع بينهما نسباً ثم حرمة الكبيرة مؤبده لانها ام امرأته والعقد على البنات يحرم الامهات وأما الصغيرة فان كان اللبن الذى ارضعتها به الكبيرة موجوداً عندها بسبب هذا الزوج كانت حرمتها مؤبدة أيضاً لان زوجها صار أبا لها رضاعاً وفى هذه الحالة لابد ان يكون قد دخل بها لانه لايعقل كونه سببا فى اللبن الا بذلك وان لم يكن اللبن موجوداً بسببه بان تزوجها وهى ذات لبن من زوج آخر فلا يخلو الحال من أن تكون قد أرضعتها قبل الدخول او بعده فان كانت أرضعتها بعد الدخول فالصغيرة محرمة عليه على التأبيد أيضاً لان الدخول بالامهات يحرم البنات وان ارضعتها قبل الدخول جاز له تزوج الصغيرة ثانياً لان مجرد العقد على الامهات لا يحرم البنات هذا هو حكم حرمتهما عليه.

يتزوج من الرضاع ام اخيه وام اخته واخت ابنه واخت بنته وجدة ابنه وجدة بنته وام عمه وام عمته وام خاله وام خالته وعمة ابنه وعمة بنته وبنت عمة ابنه وبنت عمة بنته وبنت اخت ابنه وبنت اخت بنته وام ولد ابنه وام ولد بنته واخت اخيه واخت اخته ويحل للمرأة من الرضاع ابو اخيها واخو ابنها وجد ابنها وابو عمها وابو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن اخت ولدها

واما حكم مهرهما فيقال الكبيرة اما ان يكون الزوج دخل بها أولا فان كان قد دخل بها لزمه مهرها لانه قد تأكد بالدخول وان لم يكن دخل بها فاما ان تكون قد ارضعتها برضاها واختيارها اولا فان كان الارضاع باختيارها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها كردتها وفعلها مع ابن زوجها ما يوجب حرمة المصاهرة وان أرضعتها مكرهة او مجنونة او كانت نائمة فاخذت الصغيرة ثديها ورضعته او اخذ شخص لبنها وسقاه للصغيرة بدون اغرائها وجب لها نصف المهر لان الفرقة لم تأت من قبلها ـ واما الصغيرة فمعلوم انها غير مدخول بها بما انه لا يعقل الدخول بالرضيعة وحينئذ يكون لها نصف المهر لان الفرقة حصلت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها الا انه لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام الشرعية ولذا لو قتلت مورثها لا تحرم من الميراث ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع وهل يرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ؟ نعم يرجع به عليها ان تعمدت افساد النكاح بان كانت عالمة به وبحكم الارضاع وارضعت الصبية طائعة مختارة ليست بمجنونة ولا نائمة ولم تقصد بذلك دفع هلاكها او ألم الجوع عنها فان ارضعتها مكرهة او نائمة او غير عالمة بالزوجية وبحكم الارضاع او بأحدهما او أرضعتها وهي مختارة وعالمة بالزوجية وبحكم الرضاع ولكن قصدت بذلك دفع الهلاك أو ألم الجوع عنها فلا يرجع عليها بشيء لانها لم تقصد ابطال الزواج وقال محمد يرجع عليها مطلقاً تعمدت الافساد اولا لان الحكم عنده يضاف الى السبب كمن فتح قفص الطير فطار أو الاسطبل فخرجت الحيوانات فضاعت والاول هو الصحيح وظاهر الرواية وكذا الحكم فيما لو كان شخص تزوج صغيرتين

وأرضعتهما أجنبية معاً أو على التعاقب حرمتا عليه لانه صار جامعاً بين أختين رضاعاً الا ان الحرمة لا تكون مؤبدة بل هي مؤقتة بمفارقة احداهما فحينئذ يجوز له ان يعقد على الاخرى — انظر مادة (٢٧٠)

والرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت الحقوق المالية وهي شهادة رجلين من أهل الشهادة أو رجل وامرأتين كذلك لان الحكم بثبوت الرضاع يقتضي زوال ملك النكاح ان كان موجوداً فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء والشهادة به وان كانت أمراً دينياً وهو التحريم الا انها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير وزوال الملك لا يحكم به الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما تقدم وليس هذا مثل الاخبار بنجاسة الماء أو الدهن فان الاخبار بذلك لا يقتضي نزع ملك صاحب الدهن عنه فانه يمكن مع كونه نجساً ان يبيعه لمن يريد الاستصباح به أو يستعمله هو كذلك وقال مالك يكفي في ثبوته امرأة معروفة بالعدالة وقال الشافعي يثبت بشهادة امرأتين بناء على ان الرضاع مما لا يطلع عليه الا النساء ويروى ذلك عن مالك واحمد أيضا ويرد على ذلك أيضا بان الثدي يجوز رؤيته للمحارم

(مادة ٣٧٨) اذا ارضعت زوجة الرجل الكبيرة ضرتها الصغيرة في مدة الحولين حرمتا عليه حرمة مؤبدة ان دخل بالكبيرة والا جاز تزوج الصغيرة ثانيا حيث كان اللبن من غيره ولا مهر للكبيرة ان لم يكن دخل بها وللصغيرة نصف مهرها ويرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد وكانت عاقلة طائعة مستيقظة عالمة بالنكاح وفساده بالارضاع ولم تقصد دفع جوع او هلاك فان لم تكن كذلك فلا رجوع له عليها

نعم لا يشترط لصحة الشهادة تقدم دعوى المرأة الرضاعة لتضمنها حق الله تعالى كما فى الشهادة بالطلاق ولكن لا تحصل الفرقة الا بتفريق القاضي أو المتاركة كما هو الشأن فى النكاح الفاسد واذا حصل التفريق قبل الدخول لا يلزم الزوج نصف المهر لظهور فساد النكاح وهو لا يلزم فيه مهر بالفرقة قبل الدخول وكذا لا نفقة ولا سكنى للمرأة اذا حصلت الفرقة بعد الدخول وانما لها الاقل من مهر المثل ومن المسمى لتأكد المهر بالدخول وانما كان لها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه انكان المسمى اقل فقد رضيت به وان كان مهر المثل هو الاقل فلانه هو الواجب لفساد النكاح — انظر مادة (٣١)

الفصل الثالث

« في الحضانة »

الحضانة بالفتح والكسر معناها لغة تربية الولد وشرعا تربية الولد ممن له حقها والأحق بتربية الولد امه لانها اكثر الناس حنانا عليه واشفقهم به فتصبر على خدمته صبراً لا يتأتى من غيرها ولذا تراها تسهر لسهره وتجزع لمرضه وتسر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التي فطر الله الناس عليها ولذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحضانة للام حينما جاءت امرأة اليه وقالت له يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وان اباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

(مادة ٣٧٩) يثبت الرضاع بشهادة رجلين عدلين او رجل وامراتين عدول فان ثبت يفرق الحاكم بين الزوجين ولا مهر على الزوج ان وقع التفريق قبل الدخول وعليه الاقل من المسمي ومن مهر المثل ان وقع بعد الدخول ولا نفقة عليه ولا سكنى

انت أحق به ما لم تتزوجي وهذا بالنسبة للام النسبية لا الرضاعية لانها هى التى تتوفر فيها هذه الشفقة ولا فرق بين ان تكون زوجية الام قائمة او غير قائمة بل المدار على كونها اهلا للحضانة بأن تكون مستوفية لشرائطها التى ستأتى قريبا — انظر مادة (٣٨٠)

واختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة فاذا كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة اما كانت أو غيرها من بقية الحاضنات فلها ان تحضن الولد وتربيه متي كانت اهلا للحضانة ومستوفية شرائطها على ما يأتى الا اذا خيف على الولد ان يألف دينا غير دين الاسلام بسبب معاشرته لتلك الحاضنة ولا فرق بين ان تكون معتنقة دينا سماويا بأن تكون يهودية او نصرانية او غير سماوى بأن تكون وثنية او مجوسية وانما لم يراع اتحاد الدين في الحضانة لان مبناها الشفقة الطبيعية وهي لا تختلف باختلاف الدين — انظر مادة (٣٨١)

والحاضنة يشترط فيها ثمانية شروط — أولا أن تكون حرة لان الرقيقة مشغولة بخدمة سيدها فلا يمكنها القيام بتربية الولد — ثانيا ان تكون بالغة لان القاصرة محتاجة الى من يكفلها فكيف تكفل غيرها — ثالثا ان تكون عاقلة لان المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك — رابعا ان تكون امينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها

(مادة ٣٨٠) الام النسبية احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة اذا اجتمعت فيها شرائط اهلية الحضانة

(مادة ٣٨١) الحاضنة الذمية اما كانت اوغيرها احق بحضانة الولد كالمسلمة حتى يعقل دينا اويخشي عليه ان يألف غير دين الاسلام

عنه بالخروج الى ملاهي الفسوق بأن تكون مغنية او نائحة او متهتكة تهتكا يترتب عليه ضياع الولد — خامساً ان تكون قادرة على خدمته فلو كان بها مرض يعجزها عن القيام بمصالحه لم تكن أهلا للحضانة — سادساً ان لاتكون مرتدة أى خارجة عن دين الاسلام بعد أن اعتنقته لان جزاءها الحبس حتى تسلم ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد

سابعاً ـ ان لاتكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون لان الاجنبي ينظر اليه شزراً ويبطن له الكراهة ويضمر السوء لامه لانه يظن انها تطعمه من ماله وربما اشتد بين امه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك مالا تحمد عقباه

ثامناً ـ ان لا تمسكه الحاضنة فى بيت من يبغضه ويكرهه لان امساكها اياه عنده يترتب عليه ضرر الولد وضياعه والمقصود من الحضانة حفظ الولد والقيام بخدمته ولا فرق بين الام وغيرها من الحاضنات في هذه الشروط الا ان شرط البلوغ انما هو بالنسبة لغير الام اذ الام لا يعقل ان تكون غير بالغة — انظر مادة (٣٨٢)

ويعلم من الشرط السابع وهو ان لاتكون متزوجة بغير رحم محرم للصغير انها اذا تزوجت بأجنبي منه سقط حقها في الحضانة وانتقل الى من يليها فان لم توجد امرأة أهل للحضانة بان لم توجد حاضنة اصلا او وجدت

(مادة ٣٨٢) يشترط ان تكون الحاضنة حرة بالغة عاقلة امينة لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه فى بيت المبغضين له ولا فرق في ذلك بين الام وغيرها من الحاضنات

ولكنها لم تكن مستوفية لشروط الحضانة فولي ولى الولد أخذه وتربيته لانه أقرب الناس اليه . نعم اذا زال المانع من أهلية الحضانة بان كانت الام متزوجة ثم طلقت وانقضت عدتها أوكانت مجنونة ثم أفاقت عاد حق الحضانة ثانيا لان المانع قد زال فيعود الممنوع وهو حق الحضانة وبعبارة أخرى لان علة السقوط قد زالت فيزول هو أيضاً لان المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً — انظر مادة (٣٨٣)

وبما ان الحق في الحضانة مبنى على الشفقة والام أوفر الناس شفقة على الولد فيكون حق الحضانة مستفاداً من جهتها وينبني على ذلك تقديم الاقرب فالاقرب بالنسبة اليها وان من كان مدلياً للصغير من جهة الام أحق ممن كان منتسباً اليه من جهة الاب فاذا كانت الام موجودة وهي أهل للحضانة قدمت على غيرها فان لم تكن موجودة او كانت ولكنها فقدت شرطاً من شرائط الحضانة كأن اشتغلت بأمر يترتب عليه ضياع الولد او تزوجت بغير رحم محرم له انتقل حق الحضانة الى أمها ثم أم أمها وان علت على الترتيب. وقد أجمع على ذلك الصحابة لما روى أن عمر رضى الله عنه طلق زوجته جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ سيدنا عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة وأخذته وترافعا الى أبي بكر الصديق رضى الله عنه فقال لعمر خل بينه وبينها فان ريقها

(مادة ٣٨٣) اذا تزوجت الحاضنة اما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج ام لا ومتى سقط حقها انتقل الى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات فان لم توجد مستحقة أهل للحضانة فلولى الصغير أخذه ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التى سقط حقها بتزوجها بغير محرم للصغير.

خير له من عسل وشهد عندك ياعمر فسلمه لها وكان ذلك بحضور الصحابة فان لم توجد جدة لأم او وجدت غير اهل فالجدة لاب وان علت اولى من غيرها مادامت مستوفية شرائط الحضانة فان لم توجد جدة او وجدت غير اهل انتقل حق الحضانة الى الاخوات وهن اولى من الخالات والعمات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الجد أو الجدات — وتقدم الاخت الشقيقة على الاخت لام لانهما قد اشتركا في الاخوة لام وترجحت الشقيقة بقرابتها من جهة الاب فان لم توجد شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة للاخت لام فان لم توجد أخت لام او وجدت ولكن لم تكن أهلا للحضانة ينتقل الحق الى الاخت لاب وقال بعضهم الخالة أولى منها لانها تدلى بالام وتلك بالاب ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الخالة والدة » وهذا لا يدل لان تقديم المدلى بالام على المنتسب بالاب انما يكون عند اتحاد الدرجة وقوله عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » انما يفيد أصل ثبوت الحضانة لا أنها أولى من غيرها فان لم توجد احدى المذكورات ينتقل حق الحضانة الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة الشقيقة ثم لام ثم لاب وبعد ذلك يكون الحق لبنت الاخت لاب وقال بعضهم تقدم بنت الاخت لاب على الخالات والصحيح الاول لان قرابة الخالات من جهة الام ثم بنت الاخ الشقيق ثم لام ثم لاب وانما قدمت بنات الاخوات على بنات الاخوة لان الاخت مقدمة في الحضانة على الاخ فكان المدلي بها أولى وبعد بنات الاخوة يكون الحق لعمات الصغير وتقدم الشقيقة ثم لام ثم لاب ثم خالة الام لابوين ثم لام ثم لاب ثم خالة الاب

كذلك ثم عمات الامهات والآباء على هذا الترتيب واذا اجتمع عدد ممن له حق الحضانة فى درجة فالاحق اورعهن ثم اكبرهن فان استوين فى الاحقية من كل جهة فالرأى للقاضي — انظر مادة (٣٨١)

ومما تقدم يعلم ان حق الحضانة يثبت اولا للنساء اللاتى هن اقاربه للصغير فان لم توجد حاضنات او وجدن ولكن لسن أهلا لها يكون الحق فى الحضانة للعصبات على ترتيب الارث فيتقدم الاب ثم الجد وان علا ثم الاخ الشقيق ثم لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم لاب وان سفل ثم العم لابوين ثم العم لاب فان تعدد المستحقون للحضانة وطلب كل منهم ضم الصغير اليه قدم أصلحهم فان تساووا في الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفاً من الوقوع فى المحرمات فان استووا فى الاورعية فأكبرهم سناً أحق بالحضانة وينبغى ان يلاحظ انفعهم للصغير فانه اولى وان

(مادة ٣٨٤) حق الحضانة يستفاد من قبل الام فيعتبر الاقرب فالاقرب من جهتها ويقدم المدلى بالام على المدلى بالاب عند اتحاد المرتبة قربا فاذا ماتت الام او تزوجت باجنبي أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها الى امها فان لم تكن أو كانت ليست أهلا للحضانة تنتقل الى أم الاب وان علت عند عدم أهلية القربى ثم لاخوات الصغير وتقدم الاخت الشقيقة ثم الاخت لام ثم الاخت لاب ثم لبنات الاخوات بتقديم بنت الاخت لابوين ثم لام ثم لخالات الصغير وتقدم الخالة لابوين ثم الخالة لام ثم لاب ثم لبنت الاخت لاب ثم لبنات الاخ كذلك ثم لعمات الصغير بتقديم العمة لابوين ثم لام ثم لاب ثم خالة الام كذلك ثم خالة الاب كذلك ثم عمات الامهات والآباء بهذا الترتيب

تساووا من جميع الجهات فالرأى للقاضي ويشترط فى العصبات اتحاد الدين فاذا كان الصغير ذمياً وله أخوان مسلم وذمي فحق الحضانة للذمي دون المسلم وكذا اذا كان الصبي مسلما وله أخوان مسلم وذمي فالمسلم هو الذي له حق الحضانة وانما اشترط هنا اتحاد الدين لان حق الحضانة بالنسبة الى العصبات مبنى على استحقاق الارث ولا ارث مع الاختلاف ديناً فلا حضانة واذا كان العاصب المسلم فاسقاً يخشي على الولد منه أو كان متصفاً بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له فى الحضانة بل ينتقل الحق الى من يليه من العصبات ان كان والا فالى ذى رحم محرم — أنظر مادة [٣٨٥]

فان لم يوجد أحد من العصبات المتقدمين انتقل حق الحضانة الى غيرهم من الاقارب على الترتيب الآتي فيقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال الشقيق ثم لاب ثم لام

فقد علم مما تقدم ان حق الحضانة يثبت لذى الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون مذكراً أو مؤنثاً فان كان القريب رحماً غير محرم فاما ان يتحد الحاضن والمحضون فى الذكورة والانوثة او يختلفا فيها فان اتحدا

(مادة ٣٨٥) اذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة تنتقل للعصبات بترتيب الارث فيقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم بنو الاخ الشقيق ثم بنو الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم العم لاب فاذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة يقدم أصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم سناً ويشترط فى العصبة اتحاد الدين فاذا كان للصبي الذمي اخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي يسلم للذمي لا المسلم

ثبت هـذا الحق وان اختلفا لم يثبت وينبني على ذلك انه لاحق لابناء العم ونحوهم من كل رحم غير محرم كأبناء الاخوال والخالات فى حضانة الاناث كما لا حق لبنات الاعمام ونحوهن فى حضانة المذكرين فاذا لم يكن للصغير رحم محرم فأمره مفوض لرأي القاضى ان شاء سلم الانثى لابن عمها اذا رآه أهلا لذلك وان شاء سلمها لامينة يثق بها ويعتقد أنها تحفظها وتقوم بشؤونها خير قيام ويسلم المذكر لبنت عمه ان وثق بها والا فيسلمه لامين يثق به — انظر مادة (٣٨٦)

فقد علم ان المستحقين للحضانة ليسوا فى درجة واحدة ولكن لم يعلم لنا حكم ما اذا امتنعت من هى أولى بالحضانة عن ضم الصغير اليها هل تجبر على ضمه أو لا

وقد اختلف العلماء في هذا الحكم فقال بعضهم تجبر عليها مطلقاً سواء وجد من يضمه من الحاضنات او لا وقال آخرون لا تجبر عليها اذا وجد غيرها من الحاضنات ورضى بها فاذا لم يوجد من الحاضنات من يربيه تجبر على أخذه كيلا يضيع الولد فيجب عليها تربيته احياء لنفسه وهذا الخلاف مبنى على

(مادة ٣٨٦) اذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها بان كان فاسقاً أو معتوهاً او غير مأمون فلا تسلم اليه المحضونة بل تدفع لذى رحم محرم ويقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال لابوين ثم الخال لاب ثم الخال لام ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور ولهن الحق في حضانة الاناث ولا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الاناث وانما لهم حضانة الذكور فان لم يكن للانثي المحضونة الا ابن عم فالاختيار للحاكم ان رآه صالحاً ضمها اليه والا سلمها لامرأة ثقة أمينة

الخلاف في حق الحضانة هل هو حق للصغير أو حق للحاضنة فمن قال انه حق للصغير يرى اجبارها اذا امتنعت لانها أبت أن تقوم بأمر واجب عليها ومن امتنع عن القيام بالواجب عليه يجبر ومن قال انه حق الحاضنة رأى عدم اجبارها الا اذا دعت الضرورة لذلك بان لم يوجد غيرها ممن له حق الحضانة او وجد وامتنع ورأى بعض المحققين ان حق الحضانة ثابت للصغير والحاضنة معاً ولذلك كانت الام في المرتبة الاولى ولها ان تطالب بأخذ الصغير ولا تجبر على أخذه اذا أبت ولم يترتب على ذلك ضياع الولد بان وجد من يكفله غيرها من بقية الحاضنات فاذا ترتب على امتناعها ضياع المحضون تجبر على ضمه اليها قياماً بواجب حق الصغير — انظر مادة (٣٨٧)

ولما كانت الحاضنة تصرف زمناً في شؤون المحضون جاز لها أخذ أجرة على ذلك ولكن المقام فيه تفصيل لانها اما ان تكون غير أم واما ان تكون اماً فان كانت غير الام تجب لها الاجرة مطلقاً أى سواء كانت متزوجة بأبي الصغير أو معتدة له او لا وان كانت اما للصغير ولم تكن متزوجة بأبيه ولا معتدة له فلها الاجرة اتفاقا لانها قامت بخدمة ولده وهذه الاجرة غير اجرة الرضاع وغير نفقة المدة على ما يأتي في مكانه مفصلا فى المادة الآتية وجميع انواع النفقة واجبة على ابى الصغير اذا كان الولد فقيراً

(مادة ٣٨٧) اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها الا اذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم او وجدت من دونها و امتنعت فحينئذ تجبر اذا لم يكن لها زوج اجنبي

فان كان غنياً فأجرة رضاعه وحضانته واجبة في ماله ولا يلزم الاب بشيء منها واذا تبرع بدفع شيء من ذلك حال يسر ولده جاز ذلك وليس له ان يرجع على الولد بعد ذلك —انظر مادة (٣٨٨)

وان كانت ام الصغير هي الحاضنة له فان كانت متزوجة بأبيه او معتدة له عن طلاق رجعي فلا تستحق اجرة على الحضانة لقيام الزوجية حقيقة او حكما وذلك لان ما يعطي للام في نظير الحضانة له شبه بالنفقة وشبه بالاجرة فحال قيام الزوجية واو حكما لوحظ فيه شبه النفقة لوجود رابطة الزوجية وبما ان النفقة ثابتة لها فلا داعي لاخذها نفقة اخرى لان المقصود منها دفع حاجة المرأة وهي مدفوعة بنفقة الزوجية فان كانت في عدة الطلاق البائن فقيل انها لا تستحق الاجرة على الحضانة أيضا لاكتفائها بنفقة العدة وقيل انها تستحق اجرة لان رابطة الزوجية قد انقطعت والعمل الآن على هذا وحينئذ فيمكن ان تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مرتبات : نفقة العدة واجرة الرضاع واجرة الحضانة وأما اذا كانت غير معتدة له فلها الاجرة اتفاقاً مثل غيرها من الحاضنات كما سبق ومتى استحقت الحاضنة الاجرة فهي لها وان اجبرت على الصحيح لان الاجبار على القيام بعمل لا ينافي استحقاق الاجرة له فان الالزام لاجل دفع الضرر الذي كان يحصل لو لم تضمه اليها وفي هذا من اولوية استحقاقها للاجرة مالا يخفى لانها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء

(المادة ٣٨٨) اجرة الحضانة غير اجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم ابا الصغير ان لم يكن له مال فان كان له مال فلا يلزم اباه منها شيء الا ان يتبرع

عظيم ربما ادى الى هلاك نفسه ولذلك نظائر منها ما لو استأجر سفينة يوماً مثلا وانقضت المدة فى وسط البحر فان الملاح يجبر على بقاء السفينة مع المستأجر حتى يصل الى الشط ومنها ما لو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة وانتهت المدة قبل اتمام المرور منها فيلزم صاحب الدابة ان يبقيها مع المستأجر الى ان يصل الى مكان آمن يمكنه ان يصل منه الى محل اقامته ومع كونهما يجبران على ذلك يستحقان اجر المثل اتفاقاً وكذا الحكم في الظئر التي تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدى غيرها فانها تجبر على ارضاعه بأجر المثل بلا خلاف

وقال بعضهم ان الحاضنة اذا اجبرت على الحضانة لا تستحق الاجرة لانها قامت بأمر واجب عليها شرعاً والاول اولى لقوة دليله . وبما ان نفقة الصغير الفقير على أبيه والسكنى نوع من انواعها فيجب على أبيه مسكن له ولحاضنته ان لم يكن لها مسكن تمسكه فيه واما اذا كان لها مسكن فلا داعي الى تكليفه بمسكن آخر نعم اذا كان الولد فقيراً وأبوه غني يخدم مثل اولاده يجب عليه ان يستأجر خادماً لولده كما هو الشأن فى مثله وان كان الولد غنياً ومثله يخدم يجب على الاب ان يستأجر خادماً له من ماله سواء كان الاب غنياً او فقيراً وان كان لا يخدم مثله لا يجب ذلك كما لا يجب ان كانا فقيرين — انظر مادة (٣١٩)

(مادة ٣٨٩) اذا كانت ام الطفل هى الحاضنة له وكانت منكوحة او معتدة لطلاق رجعى فلا اجر لها على الحضانة وان كانت مطلقة بائناً او متزوجة بمحرم للصغير او معتدة له فلها الاجرة وان اجبرت عليها وان لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير

واذا امتنعت ام الصبي ان تربيه الا باجرة فلا يخلو الحال فى اول الأمر من أحد امرين الاول ان لا توجد متبرعة من محارمه الثانى ان توجد فان كان الاول فله احوال اربعة اولا ان يكون الاب موسراً والولد معسرا وفى هذه الحالة يلزم الاب بدفع الاجرة لها لتربيه . ثانياً ان يكون الصبي موسراً وأبوه فقيرا . ثالثاً ان يكونا موسرين وحكم هاتين الحالتين واحد وهو ان يلزم بدفع الاجرة لها من مال الولد لأنه لا نفقة على الأب حال ميسرة الابن . رابعاً ان يكونا فقيرين وفي هذه الحالة تجبر الام على تربيته وتكون اجرتها ديناً لها على الاب تأخذها منه عند الميسرة

وان كان الثاني وهو ما اذا وجدت متبرعة من محارمه اهل للحضانة فله اربع حالات ايضاً الاول ان يكون الاب والابن فقيرين وحكمه ان يقال للام اما ان تربيه مجاناً بدون اجرة واما ان تسلميه للمتبرعة لان الاب فقير فلا يضار . الثاني ان يكون الاب موسراً والولد فقيراً وحكم ذلك ان يسلم للام بأجر المثل لان فى تسليمه لها نفعاً له ولا ضرر على الاب في دفع الاجرة ليساره الثالث ان يكون الولد غنيا وابوه فقيرا . الرابع ان يكون كل من الولد وابيه غنيا وقد اختلف فى حكم هذين الامرين الامام الاعظم ابو حنيفة وصاحباه ابو يوسف ومحمد فقال الامام تخير الام بين امساكه مجانا وبين اعطائه للمتبرعة التي هى اهل للحضانة لأن الاجرة فى هذين الامرين لازمة من مال الصبي وبما انه ينبغي المحافظة على مال الصغير ولا يصرف الا لحاجة والحاجة الى

الفقير فعلى ابيه سكناهما جميعاً وان احتاج المحضون الى خادم وكان ابوه موسراً يلزم به غير الام من الحاضنات لها الاجرة

التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا يدفع الى الام شئ من مال الولد بل تخير الام كما تقدم مراعاة لمصلحته المالية .

والام وان كانت اشفق وأحن عليه من غيرها الا ان تطلعها الى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك فى شفقتها على ان المتبرعة هي ايضا شفوقة عليه لما انها رحم محرم وقال الصاحبان يسلم للام بأجر المثل ولو من مال الصبي. لان الام اكثر الناس حنانا وشفقة على ولدها واصبرهم على خدمته فهى التى تحافظ على صحته وتواظب على نظافته وتسهر لسهره كما هى الفطرة التى فطرها الله عليها ومعلوم ان مصلحة الولد الصحية مقدمة على مصلحته المالية وكل من القولين مصحح فينظر القاضى فى ذلك فان كانت الام فقيرة محتاجة الى الاجرة عمل بقول الصاحبين وان علم انها طامعة فى مال ابنها مع انها موسرة حكم بقول ابي حنيفة . واذا سلم للمتبرعة فلا تمنع الام من رؤيته لقوله عليه الصلاة والسلام « لا توله والدة عن ولدها » هذا كله اذا كانت المتبرعة من محارمه كما سبق فان كانت اجنبية فالام احق به ولها الاجرة ولو من مال الصغير اتفاقا — انظر مادة (٣٩٠)

ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر فى شؤون نفسه نظر اليه الشارع نظر

(مادة ٣٩٠) اذا ابت ام الولد ذكراً كان او انثي حضانته مجاناً ولم يكن له مال وكان ابوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الام على حضانته وتكون اجرتها ديناً على ابيه فاذا وجدت متبرعة اهل للحضانة من محارم الطفل فان كان الاب موسرا ولا مال للصغير فالام وان طلبت اجرة احق من المتبرعة وان كان الاب معسراً وللصبي مال اولا تخير الام بين امساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة فان لم تختر امساكه مجاناً ينزع منها ويسلم المتبرعة ولا تمنعها من رؤيته وتعهده كما تقدم فى مادة ٣٦٩ وكذلك الحكم ان

حكيم فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التميز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه وهن الأقارب من النساء على الترتيب الذي عرفته فاذا بلغ سن التميز دخل في دور جديد يحتاج فيه الي الاعداد بما هو مطالب به في المستقبل فيسلم الى من هو اقدر على القيام به ولذا يبقى الولد عند الحاضنة حتي يستغني عن خدمة النساء وقدر ذلك بلوغه سبع سنين فان كان مذكراً فقد انتهت مدة حضانته وان كان مؤنثاً تبقى عندها سنتين لتدريبها على الامور المنزلية التي هي مطالبة بها في المستقبل وحينئذ يسلم كل منهما الى الاب حتى اذا لم يطلبهما يجبر على ذلك لتعلق حق الصغير به اذ المذكر بعد بلوغه سن التميز يحتاج الى تعلم ما ينفعه والانثى بعد بلوغها حد الشهوة تحتاج الى الصيانة ولا شك ان الاب اقدر على ذلك هذا اذا كان الاب موجوداً والا فيعطي الولد للاقرب فالاقرب من العصبات على الترتيب الذى عرفته من شرح مادة (٣٨٥) فان لم يوجد أحد من العصبات يسلم الولد الى باقي الاقارب المتقدمة في شرح مادة (٣٨٦) فاذا لم يوجد احد من الاقارب وقد انتهت مدة الحضانة ينظر القاضي فان رأى ابقاءه عند الحاضنة انفع له تركه عندها والا سلمه لمن يرى نفعه في وجوده عنده — انظر مادة (٣٩١)

وما دام حق الحضانة ثابتا للام فليس للاب اخراجه من البلد المقيمة

كان الاب موسراً وللصبي مال فان كانت المتبرعة اجنبية فلا يدفع اليها الصبي بل يسلم لامه بأجرة المثل ولو من مال الصغير

(مادة ٣٩١) تنتهي مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ سبع سنين وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللاب حينئذ اخذهما من

هي به اللهم الا اذا رضيت بذلك لانها والحالة هذه تكون اسقطت حقها فان سقط حقها في الحضانة بان طلقها وتزوجت بغير رحم محرم وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الى ان يعود حق امه او من يقوم مقامها فى الحضانة وغير الاب من العصبات حكمه في ذلك كالاب وبعضهم يرى انه لايجوز له ان يسافر به قبل انتهاء مدة الحضانة ولو سقط حقها فيها الا اذا كان السفر لمكان يمكنها ان ترى ولدها متى أرادت اذا سافرت اليه وترجع الى منزلها في اليوم الذى سافرت فيه لان لها حق رؤية الولد وهو الارفق بالام — انظر مادة (١٩٢)

هذا بالنسبة الي سفر الاب بالولد واما سفر الحاضنة به ففيه تفصيل وبيانه ان الحاضنة اما ان تكون غير الام واما ان تكون هي الام فان كان الاول فليس لها ان تنتقل الي محل آخر ولو كان قريباً الا باذن الاب وان كان الثاني وهو ما اذا كانت الحاضنة هى الام فاما ان تريد الانتقال بالولد وهي فى العدة او بعد انقضائها فان كان الاول فلايجوز لها الانتقال ولو اذن الزوج

الحاضنة فان لم يطلبها يجبر علي اخذها و اذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد اب ولا جد يدفع للاقرب من العصبة او للوصى لو غلاماً ولا تسلم الصبية لغير محرم فان لم يكن عصبة ولا وصى بالنسبة للغلام يترك المحضون عند الحاضنة الا ان يري القاضى غيرها اولى له منها

(مادة ٣٩٢) يمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه بلارضاها ما دامت حضانتها فان اخذ المطلق ولده منها لتزوجها باجنبي وعدم وجود من ينتقل اليها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الى ان يعود حق امه او من يقوم مقامها في الحضانة

لان القرار فى البيت الذى حصلت الفرقة وهما مقيمان فيه حق الشرع فلا يصح اتفاقهما على ابطاله

وان كان الثانى وهو ما اذا ارادت الانتقال بعد انقضاء العدة فلا يخلو الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه والمحل المنتقل اليه من احد امور اربعة. الاول ان يكون الانتقال من مصر الى مصر. الثانى ان يكون من قرية الى قرية. الثالث ان يكون من قرية الى مصر. الرابع ان يكون من مصر الي قرية. فالثلاثة الاول مشتركة فى حكم واحد واما الرابع فله حكم يخصه

ففى الثلاثة الاول لايخلو الحال في اول الامر من أحد امرين الاول ان يأذن الاب لها بذلك الثاني ان لا يأذن فان كان الاول فلا كلام فى جواز انتقال الام بالولد مطلقاً اى سواء كان المحل المنتقل اليه قريباً او بعيداً وسواء كان وطنها وعقد عليها فيه اولا لانه بالاذن اسقط حقه وان كان الثاني وهو ما اذا لم يأذن لها بذلك فاما ان يكون المحل المنتقل اليه قريباً او بعيداً فان كان بعيداً فاما ان يكون وطنها وقد عقد عليها فيه اولا فان كان الاول جاز لها السفر بالولد لان عقده عليها فى هذا البلد يعد رضاءه باقامتها فيه وان كان الثانى بان كان وطنها ولم يعقد عليها فيه او عقد عليها فيه ولم يكن وطنها او لم يكن وطنا لها ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للاضرار بالاب. وان كان المحل الذي تريد الانتقال اليه قريباً من محل اقامته جاز لها ذلك لعدم الاضرار بالاب والمراد بالمحل القريب فى هذا الموضع ان يكون بحيث يمكن الاب زيارة ولده فى اليوم الذى يريدها ويعود الى منزله قبل دخول الليل

وأما الحكم الخاص بالصورة الرابعة وهي الانتقال من مصر الي قرية فهو انه لا تمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة الا اذا كانت القرية وطنها وقد عقد عليها فيها لان القرية ليست كالمصر وتأمله — انظر مادتي (٣٩٣ و٣٩٤)

الفصل الرابع

(فى النفقة الواجبة للابناء على الآباء)

النفقة عند الفقهاء تشمل الطعام والكسوة والسكنى وكلها واجبة على الاب لولده لكن على التفصيل الذي سيلقى عليك . وبيانه ان الولد اما ان يكون غنياً أو فقيراً وعلى كل فاما ان يكون صغيراً أو كبيراً وعلى كل فاما ان يكون مذكراً أو مؤنثاً . وكل له حكم يخصه

---

(٣٩٣) ليس للام المطلقة ان تسافر بالولد الحاضنة له من بلد ابيه قبل انقضاء العدة مطلقاً ولا يجوز لها بعد انقضائها ان تسافر به من غير اذن ابيه من مصر الى مصر بينهما تفاوت ولا من قرية الي مصر كذلك ولا من قرية الى قرية بعيدة الا اذا كان ماتنتقل اليه وطناً لها وقد عقد عليها فيه فان كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير وطن ابيه ولو كان بعيداً عن محل اقامته فان كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها ان تسافر اليه بالولد بغير اذن ابيه الا اذا كان قريباً من محل اقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع الى منزله قبل الليل وأما الانتقال بالولد من مصر الى قرية فلا تمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها ثمة

(٣٩٤) غير الام من الحاضنات لا تقدر باى حال على نقل الولد من محل حضانته الا باذن ابيه

فان كان الولد غنياً فنفقته فى ماله سواء كان صغيراً أو كبيراً وسواء كان مذكراً او مؤنثاً لان نفقته انما وجبت على ابيه للحاجة و بغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره. والمراد بكونه غنياً ان يكون له مال سواء كان من النقود او العروض او العقار فاذا كان ماله غير نقود وكان صغيراً فللاب ان يبيع منه وينفق من ثمنه عليه ولو كانت النفقة أجرة رضاعة او حضانة .

هذا اذا كان مال الولد حاضراً فلو كان غائباً وجبت النفقة على الاب وليس له ان يرجع بما انفق فى مال ولده اذا حضر الا بأحد أمرين ـ الاول ان يكون انفاقه باذن القاضى ـ الثانى ان لا يكون بأمره ولكنه اشهد انه انفق ليأخذه من المال اذا حضر فاذا لم يوجد واحد من هذين الامرين فليس له الرجوع ولو نواه عند الانفاق ولكن هذا بالنسبة للقضاء اما في الديانة يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فتكفيه فى الرجوع نيته

وان كان الولد فقيراً فان كان صغيراً وجبت نفقته على أبيه سواء كان مذكراً او مؤنثاً لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ووجه الاستدلال بهذه الآية ان الله سبحانه وتعالى اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولادة له لان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدإ الاشتقاق علة له فاذا وجبت نفقة غيره بنبيه فوجوب نفقة نفسه أولى. وبالتأمل نرى ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتي ان اللبن الذى هو مؤنته انما يستحيل لبناً من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب لنفقته عليه ولذا قالوا ان نفقة الخادمة من نفقة الزوجة وان كانت نفقة شخص آخر. ولان

الولد جزء أبيه فكان كنفسه فتجب عليه نفقته

وان كان الولد الفقير كبيراً فاما ان يكون مذكرا او مؤنثاً فان كان مذكرا فاما ان تكون به عاهة تمنعه من الكسب أولا فان كان الاول كما اذا كان مريضاً مرضاً مزمناً او به شلل او عمى ومثله ما اذا كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب او من ابناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على أبيه وان كان الثانى وهو ما اذا لم تكن عنده عاهة تمنعه من الكسب لم تجب النفقة على ابيه بل على نفسه والمراد بالكبير هنا ان يكون قادرا على الكسب وان لم يكن بالغاً فالاب حينئذ ان يؤجره او يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه فان وفى كسبه بحاجته فيها وان زاد حفظ الزائد ليسلمه اليه بعد بلوغه رشده وان نقص فعلى ابيه تمام الكفاية: وهذا اذا كان الاب محسناً للتصرف فلو كان مبذرا لم يسلم اليه كسب ابنه بل يسلم الى امين كما فى سائر امواله

وان كان مؤنثاً وجبت النفقة على الاب سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه الى أن تتزوج فحينئذ تكون نفقتها على زوجها. ثم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها فى كسبها وبما ان وليها هو الاب فهو الذى يتولى الانفاق عليها من ذلك الكسب فان وفى بحاجتها فيها وان زاد يدفع لها الزائد بعد بلوغ الرشد وان نقص التزم الاب باتمام الكفاية ولكن لو كان الاب مبذراً سلم كسبها الى أمين كباقى أموالها لان الاب والحالة هذه لم يثبت له الولاية على أموال نفسه فعلى مال غيره من باب أولى.

محل وجوب النفقة على الاب اذا كان الولد حرا فلو كان رقيقاً وجبت نفقته على مالكه ولو كان أبوه حراً كما اذا تزوج حر جارية غيره ولم يشترط حرية أولاده منها فان الاولاد يتبعون أمهم فى الرق ويكونون مملوكين لسيد أمهم فتجب نفقتهم عليه وكذا لو كان الاب رقيقاً لا تجب عليه نفقة اولاده ولو كانوا احراراً، فاذا تزوج رقيق حرة فأولاده منها أحرار تبعاً لامهم ولا تجب نفقتهم على أبيهم لانه لا يملك شيئاً اذ هو نفسه مملوك لسيده .

ونفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان الأب غير مسلم بان كان ذمياً فقولهم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين محله فى غير الزوجة والاولاد كما سيأتى فى شرح مادة (٤١٦) — انظر المواد (٣٩٥ و ٣٩٦ و ٤٠٤)

والاب اما ان يكون غنيا او فقيرا فان كان غنياً بان كان عنده ما يكفيه وأولاده فلا يشاركه أحد ولو الام فى نفقتهم سواء كانوا صغاراً او كباراً على الصحيح بشرط ان يكون الكل محتاجين كما تقدم تفصيله لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن

(مادة ٣٩٥) تجب النفقة بانواعها الثلاثة على الاب الحر ولو ذميا لولده الصغير الحر الفقير سواء كان ذكراً او انثي الى ان يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الانثي.

(مادة ٣٩٦) يجب على الاب نفقة ولده الكبير الفقير العاجز عن الكسب كزمن وذى عاهة تمنعه عن الكسب ومن كان من ابناء الاشراف ولا يستأجره الناس ونفقة الانثى الكبيرة الفقيرة ولو لم يكن بها زمانة ما لم تتزوج

(مادة ٤٠٤) اذا بلغ الولد حد الاكتساب فان كان ذكرا فللأب أن يؤجره أو يدفعه لحرفة ليكتسب وينفق عليه أبوه من كسبه ويحفظ ما فضل منه ليسلمه اليه بعد بلوغه وان لم يف كسب الغلام فعلى أبيه تمام الكفاية واذا استغنت الانثى بكسبها من الخياطة أو الغزل فنفقتها في كسبها ان وفت بحاجتها والا فعلى أبيها اتمامها

وكسوتهن بالمعروف) فان امتثل أمر الشارع وأنفق على من تجب عليه نفقتهم من أولاده فبها وان لم يمتثل وكانت له أموال ظاهرة باع القاضي عليه منها بمقدار النفقة زمناً وهكذا يتجدد هذا الحق للقاضي كلما تجددت الحاجة للنفقة على المفتى به لانه امتنع عن امر واجب عليه فيقوم القاضي مقامه فان لم تكن له أموال ظاهرة استعمل القاضي معه ما يراه مؤدياً الى امتثاله حتى لو علم ان مثله لا يمتثل الا بالحبس كان له ذلك ولو انهم نصوا على انه لايحبس والد وان علا في دَين ولده وان سفل لانهم استثنوا دَين النفقة من هذه القاعدة اذ في الامتناع عن الانفاق تعريض النفس الى التلف وهذا غير جائز خصوصاً بالنسبة الى الاب بخلاف الامتناع عن تسديد غيرها من الديون فانه لايؤدّى الى ذلك . ومثل الاب في ذلك كل من وجبت عليه النفقة وامتنع

وان كان فقيراً فاما ان يكون قادراً على الكسب او عاجزاً عنه فان كان قادرا عليه وكانت طرق الكسب ميسرة أمر به فان امتثل فبها وان لم يمتثل استعمل معه القاضي ما يراه رادعاً له عن الامتناع ولو بالحبس لان في النفقة حياة النفوس كما تقدم فان سعى واكتسب وكان كسبه يفي بنفقته وبنفقتهم فبها وان لم تكن طرق الكسب ميسرة أو كانت ولكن كسبه لايفي بها يؤمر من يليه في وجوب الانفاق عليهم وهي الأم فانها هي الاولى بالانفاق عليهم حال عسرة الأب من سائر الاقارب اذا كانت موسرة ويكون ما تنفقه ديناً على الاب تأخذه منه اذا أيسر فلو كانت الام معسرة كالاب يؤمر بها القريب ويجبر عليها ان أبى مع يسره وحينئذ ينفق

ابو الاب لأن نفقة الاب واجبة عليه فى هذه الحالة فكذا نفقة اولاده. وحكم غيبة القريب حكم عسرته فاذا غاب القريب امر البعيد بالانفاق ويأخذها منه اذا حضر

وان كان الاب الفقير عاجزاً عن الكسب كما اذا كان به مرض يمنعه عنه او به شلل او عمى سقطت عنه النفقة لالحاقه بالاموات وحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى من تجب عليه عند عدمه

وفى هذه الحالة لا رجوع للمنفق على الاب ولو أيسر فى المستقبل لانها غير واجبة عليه فى هذه الحالة فلا يقال ان المنفق قضى شيئاً واجباً عليه بخلاف ما اذا كان قادراً على الكسب — انظر المواد (٣٩٧ و ٣٩٨ و ٣٩٩)

(مادة ٣٩٧) لا يشارك الاب احد فى نفقة ولده ما لم يكن معسراً زمناً عاجزاً عن الكسب فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب على من تجب عليه نفقتهم فى حالة عدمه

(مادة ٣٩٨) اذا كان الاب معسراً ولا زمانة به تمنعه عن الكسب فلا تسقط عنه لمجرد اعساره نفقة ولده بل يتكسب وينفق عليه بقدر الكفاية فان أبى مع قدرته على الاكتساب يجبر على ذلك ويحبس فى نفقة ولده فان لم يف اكتسابه بحاجة الولد أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب يؤمر القريب بالانفاق على الولد نيابة عن أبيه ليرجع عليه

(مادة ٣٩٩) الام حال عسرة الاب أولى من سائر الاقارب بالانفاق على ولدها فاذا كان الاب معسراً وهى موسرة تؤمر بالانفاق على ولدها ولا يشاركها الجد. وان كان الابوان معسرين ولهما أولاد يستحقون النفقة يؤمر بها القريب كما ذكر آنفاً ويجبر عليها ان أبى مع يسره . ويكون انفاق القريب ديناً على الاب المعسر يرجع به اذا أيسر سواء كان المنفق أما أوجدا أو غيرهما. فان كان الاب معسراً وزمنا عاجزا عن الكسب فلا رجوع لاحد عليه بما أنفقه على ولده

وكل هذه الاحكام مفروضة فيما اذا كان الاب حياً سواء كان غنياً او فقيراً قادراً على الكسب او عاجزا عنه اما اذا مات الاب عن أولاد صغار وليس لهم مال ينفق عليهم منه ولم يبلغوا حد الكسب لينفق عليهم من كسبهم فحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى غيره من الاقارب وعند التأمل ترى ان الاقارب لا يخرجون عن واحد من ثلاثة الاول ان يكون الكل اصولا الثاني ان يكونوا أصولا وحواشي الثالث ان يكون الكل حواشي ولا يتأتى الاتيان هنا بالفروع لان الموضوع ان الاولاد صغار فان كان الاول فاما أن يكون بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث واما أن يكون الكل وارثين وعلى كل حال فاما ان يتساووا في القرب والجزئية أو يختلفوا فالصور أربع الصورة الاولى أن يكون بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث واستووا فى الجزئية الثانية ان يكونوا كذلك واختلفوا فيها الثالثة أن يكون الكل وارثين واستووا في الجزئية الرابعة ان يكون الكل وارثين واختلفوا فيها

ففي الصورة الاولي يرجح الوارث فيلزم بالنفقة ويبنى على ذلك ان الصغير لو كان له ابو أب وأبو أم فوجوب النفقة على أبي الاب وحده لانه وان اتحد مع ابي الام فى الجزئية اذ كل منهما بينه وبين الصغير واسطة واحد وهى الاب او الام الا ان ابا الاب هو الوارث لانه اذا فرضت وفاة هذ الصغير عنهما وكانت له تركة اخذها ابو الاب ولا شيء منها لابي الام لانه من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئاً مع العصبة والحكم فى هذه الصورة ظاهر لقولهم ان الغرم بالغنم وفى الصورة الثانيه يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة سواء كان وارثاً او غير وارث ويبنى على ذلك وجوب النفقة على الام لاولادها

فيما اذا كانت الاقارب الموجودة اماً وابا ام لانها اقرب اذ الولد جزؤها بلا واسطة بخلاف ابي الام فان الولد جزؤه بواسطة بنته التي هى ام الصغير وهذا الحكم ظاهر أيضاً فى مثل هذه الصورة لانه مبنى على القاعدة المتقدمة وهى قولهم الغرم بالغنم اذ لو فرض موت الولد عن تركة وليس له من الاقارب الا أمه وأبو أمه استحقت الام كل التركة فرضاً وردا ولا يشاركها أبوها لان الام من ذوى الفروض وأبوها من ذوى الارحام فلا يستحق معها شيئاً اذ الرد مقدم على توريث ذوى الارحام ومثل هذه الصورة فى الحكم أم وام اب او ام وام ام لان الام اقرب منهما وهي الوارثة لانها تحجب الجدات سواء كن من جهة الاب أو من جهة الام ولو كان للصغير أبو ام وابو ابى أب وجبت النفقة على الاول لانه اقرب جزئية مع ان الوارث هو الثاني وهذا ليس منطبقاً على القاعدة المتقدمة فلو قيل تجب النفقة على قدر الميراث مطلقاً كما قال بعضهم فى نفقة الاصول على الفروع لكان ظاهرا — وحكم الصورتين الثالثة والرابعة واحد وهو وجوب النفقة عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث ويبنى على هذا انه لو كان للصغير ام ام وام اب وجبت النفقة عليهما انصافاً لانهما متحدتان مرتبة وارثهما بهذه النسبة اذ لو فرض موت الصغير عن تركة ولا وارث له غيرهما استحقتا التركة انصافاً فرضاً ورداً ولو كان للصغير ام ام وابو اب وجبت النفقة عليهما اسداساً فأم الام يلزمها السدس وابو الاب الباقي لان ارثهما بهذه النسبة ولو كان له ام وابو اب وجبت النفقة عليهما اثلاثاً على الام الثلث وعلى ابى الاب الثلثان واو كانت الدرجة مختلفة اذ الاستحقاق في الميراث بهذه النسبة ولا يخفى عليك ان هـذه الاحكام

مفروضة فيما اذا كان كل الاصول موسرين فان كان بعضهم معسراً وجبت على الموسر وحده كما اذا لم يوجد الا شخص واحد من اصوله فان النفقة واجبة عليه اذا كان موسراً — انظر مادة (٤٠٠)

وان كان الثاني وهو ما اذا كان بعض اقارب الطفل الفقير المعدوم الاب اصولا وبعضهم حواشي فلا يخلو الحال من احد امرين الأول ان يكون احد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث الثاني ان يكون كل من الصنفين وارثاً فان كان الأول اعتبر الاصل لا الحاشية سواء كان الاصل هو الوارث أولا وحينئذ يلزم بالنفقة ولو كان الوارث غيره فاذا فرض ان لهذا الصغير ابا اب وأخا شقيقا موسرين وجبت نفقته على ابي الاب لانه هو الاصل والوارث اذ لو فرض ان هذا الصغير توفي عنهما وله تركة استحقها الجد ولا شيء للأخ فيلزم بالنفقة عند احتياج الصغير ومثل هذا المثال ما اذا كان مع ابي الاب عم شقيق او اخ لاب او ابن اخ شقيق او لاب او وجد الكل معه فانه هو الذى يلزم بالنفقة لانهم لا يستحقون معه شيئاً في تركته على فرض وجودها وهذا الحكم ظاهر لان الغرم بالغنم

(ماده ٤٠٠) اذا كان أبو الصغير الفقير معدوما وله أقارب موسرون من أصوله فان كان بعضهم وارثا له وبعضهم غير وارث وتساووا فى القرب والجزئية يرجح الوارث وتلزمه نفقة الصغير فلو كان له جد لاب وجد لام فنفقته على الجد لاب. فان لم يتساووا في القرب والجزئية يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة فلو كان له ام وجد لام فنفقته على الام وان كانت اصوله وارثين كلهم فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم في الارث . فلو كان له ام وجد لاب فنفقته عليهما اثلاثا على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان

ولو فرض أن لهذا الصغير ابا ام واخا شقيقا او لاب ألزم ابو الام بالنفقة ولو كان الآخذ للتركة غيره عند وجودها لانه هو الاصل ومثل هـذا ما اذا كان مع ابى الام عم شقيق او لاب او ابن اخ شقيق او لاب فان الملزم بالنفقة هو ابو الام وان كان المستحق للتركة غيره وهذا غير ظاهر لانه غير جار على القاعدة المتقدمة وهى الغرم بالغنم ولذا استشكل بعض الحنفية كثيرا من الفروع التي وردت في هذا الموضوع وان كان البعض الآخر اجاب عنها باجوبة غير مقنعة ولذا كان الظاهر رأى بعضهم وهو وجوبها على قدر الارث

وان كان الثاني وهو ما اذا كان كل من الاصول والحواشى وارثا اعتبر الارث فتجب عليهم النفقة على قدر أنصبائهم فيه فلو كان لهذا الصغير ام واخ شقيق وجبت النفقة عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلى الاخ الثلثان لانه اذا فرض موت هذا الصغير عن مال اخذت الام الثلث بطريق الفرض والاخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب ومثل هذا ما اذا كان مع الام اخ لاب او ابن اخ شقيق او لاب او عم شقيق او لاب او ابن عم كذلك أما لو كان بدل الام في الامثلة المتقدمة ام ام او ام اب وجبت النفقة اسداسا السدس على ام الام او ام الاب والخمسة الأسداس على العصبة لان الاستحقاق فى التركة على فرض وجودها يكون بهذه النسبة وهذا الحكم ظاهر لانطباقه على القاعدة المشهورة « الغرم بالغنم »

وان كان الثالث وهو ما اذا كان الكل حواشى كالاخوة والاخوات وجبت النفقة بقدر الارث كما سيأتى تفصيله في نفقة غير الاصول والفروع

ـــ انظر مادة [٤٠١]

ولا يشترط في قضاء القاضي بنفقة الاولاد على الاب ان يكون حاضراً بل يقضي بها علي الاب ولو كان غائباً والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للاولاد بسببها ان لا يسهل احضار الاب ومراجعته ولو كان مختفياً في البلد الذي فيه الاولاد فلا يشترط ان يكون الغائب مفقوداً اي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته ولا ان تكون الغيبة مدة سفر شرعي وهـذا هو المعول عليه وان كان بعضهم يرى خلافه

وليس هذا خاصاً بنفقة الاولاد على الاب بل هو جار في القضاء بنفقة الآباء على الاولاد وبنفقة الزوجة على الزوج عند هذه الغيبة بخلاف غيرهم من الاقارب وينبني على ذلك انه اذا غاب شخص وطلب غيره من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب ان يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه الى طلبه الا اذا كان الطالب من اصول الغائب او فروعه او زوجة له فلو كان اخا او عمة او خالا مثلا فلا يفرض القاضي له النفقة والسبب في ذلك ان نفقة الاصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء وانما القضاء في حقهم من باب الاعانة

(مادة ٤٠١) اذا كانت اقارب الطفل الفقير المعدوم ابوه بعضهم اصولا وبعضهم حواشي فان كان احد الصنفين وارثا والآخر غيروارث يعتبر الاصل لا الحاشية ويلزم بالنفقة سواء كان هو الوارث ام لا فلو كان للولد جد لاب واخ شقيق فنفقته على الجد ولو كان له جد لام وعم فنفقته على الجد لام . فان كان كل من الاصول والحواشي وارثا يعتبر الارث وتجب عليهم النفقة على قدر انصبائهم في الارث فلو كان للصغير ام واخ عصبي او ام وابن اخ كذلك او ام وعم كذلك فنفقته عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلي العصبة الثلثان .

والفتوى بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهداً فيها لان الامام الشافعي لا يقول بوجوب النفقة لغير الاصول والفروع والزوجة فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب ولذا يجوز لكل من الاصول والفروع والزوجة ان ينفق من مال الغائب الذى وجبت النفقة عليه وان لم يقض القاضي بذلك ولكن يشترط ان يكون هذا المال من جنس النفقة لانك عرفت ان النفقة واجبة لهم قبل القضاء وانما القضاء فى حقهم من باب الاعانة والفتوى فحقهم ثابت وان لم يقض به فلهم أخذه من غير ان يرفعوا الامر الى القاضي ولكن لو رفعوه اليه طالبين منه القضاء بالنفقة اجابهم الى هذا الطلب — وقد عرفت الكلام على النفقة فى هذه الحالة بالنسبة للزوجة في الفصل الخامس فى نفقة زوجة الغائب ويأتي الكلام بالنسبة لنفقة الاصول على الفروع فالموضوع الآن خاص بالنفقة الواجبة للفروع على الاصول فاذا غاب الاب وطلبت الاولاد الذين تجب نفقتهم عليه سواء كانوا ذكوراً او اناثاً كباراً او صغاراً من القاضي ان يفرض لهم النفقة اجابهم الى هذا الطلب متبعاً الاحكام الآتية وهي ان الغائب ان كان له مال فاما ان يكون من جنس النفقة اولا وكل له حكم يخصه واليك البيان فان كان له مال وهو من جنس حقهم في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة او كان ثياباً من جنس حقهم فى الكسوة فرض لهم فيه النفقة سواء كان هذا المال موجوداً فى منزل الاب او غير موجود فيه بان كان مودعاً عند غيره بان اعطى لغيره شيئاً مما ذكر ليحفظه له فانه يكون مملوكا للغائب وهو مودع

عند من أعطاه له او كان ديناً كما اذا باع لغيره بيتاً مثلا بمائتي جنيه ولم يستلم منه الثمن فانه يكون ديناً عليه ولكن اذا كانت دعواهم ان المال لذى تركه ابوهم موجودا فى منزله فرض لهم النفقة فيه وامرهم بالاخذمنه على حسب الفرض الذى قدره واما اذا كانت دعواهم انه ترك وديعة عند شخص فان القاضى يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواهم فاما ان يقر بالنسب والوديعة او ينكرهما او يقر بالنسب وينكر الوديعة او يقر بالوديعة وينكر النسب فان اقرّ بهما فرض القاضي النفقة فى ذلك المال وامر المودع باعطائهم النفقة منه لانه لما أقر بالنسب والوديعة فقد أقر بان للاولاد حق الاخذ لان اقراره مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق باقراره تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر باعطائهم النفقة من ذلك المال. وان انكر النسب والوديعة او أقر بواحد منهما وانكر الآخر فاما ان يكون القاضى عالماً بما أنكره او غير عالم فان كان الاول فرض لهم النفقة ايضاً في هذا المال ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضى بعلمه والجواب ان هذا من باب الاعانة والفتوى لا من باب القضاء وكل ما تقدم بالنسبة للمودع يقال بالنسبة للمدين فاذا ادعي الاولاد ان فلاناً مدين لابيهم الغائب وهم يستحقون عليه النفقة وطلبوا من القاضى ان يفرض لهم النفقة فى هذا الدين أحضر القاضي الشخص المدعي عليه بالدين وسلك معه الطريق الذي سلكه مع المودع .

وان كان الثاني فلا يقضى لهم الا بالبرهان

وان كان للمال الذي تركه ليس من جنس النفقة سواء كان في بيته او

كان وديعة فاما ان يخشى عليه التلف من المكث اولا فان كان الاول باعه القاضى وأنفق عليهم من ثمنه لان النظر الى الغائب فى ذلك وان كان الثانى فلا تفرض فيه النفقة لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب الذى لا يخشى عليه التلف بالاتفاق أما عند الامام الاعظم فهو ظاهر لان عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب اولى واما عند الصاحبين فلانه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وانما قالا ببيع مال الحاضر اذا امتنع عن الدفع لانه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر تلك الاموال وينفق من أجرتها عليهم ان وفت بحاجتهم فان لم تف الاجرة بها او كانت الاموال لا تستأجر امر القاضى أم الاولاد بالاستدانة عليه وتنفق عليهم من الدين الذي اخذته ويكون لها الحق في أخذ مثل الدين منه اذا حضر

فالذى علم ان القاضى يفرض النفقة في مال الغائب لاولاده متى كان هذا المال من جنس النفقة سواء كان المال موجوداً في منزله او وديعة أو ديناً فاذا لم يترك الغائب الا واحداً من هذه الاشياء فرضها فيه لانه ليس هناك غيره وإما أن ترك الكل فان القاضى يفرض النفقة اولا فى المال الموجود فى بيته ثم فى مال الوديعة ثم في الدين وسبب هذا الترتيب أن القاضى نصب ناظراً فى مصالح من هو عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك ان المصلحة للغائب فيما ذكر لان مال الوديعة محفوظ عند المودع الذى أمنه عليه قبل غيبته فلم يكن معرضاً للخطر بخلاف المال الذى فى بيته ثم ان مال الوديعة يحتمل ان يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فانه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً اكثر من الوديعة

فيكون النظر الى الغائب فى هذا الترتيب فيتبعه القاضي — انظر مادة (٤٠٢)

فقد علمت حكم نفقة الولد بالنسبة الى أبيه واما نفقة زوجته فقال بعضهم تجب نفقة زوجة الابن اذا كان صغيراً فقيراً على أبيه سواء ضمنها أولا وكذلك تجب نفقة زوجة الابن الكبير اذا كان فقيرا وعاجزا عن الكسب بأي سبب من الاسباب وقال بعضهم لا تجب نفقة زوجة الابن الصغير الفقير على الاب الا اذا ضمنها فان لم يضمنها فلا يطالب بها على انها واجبة عليه وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه ديناً له يأخذه من ابنه اذا أيسر ويظهر ان هذا مقيد بما اذا لم يكن من تجب عليه نفقة زوجة الابن موجودا فان كان موجودا وجبت الادانة عليه نعم اذا كان الابن محتاجا لخدمة الزوجة وجبت نفقتها على ابيه — انظر مادة (٤٠٣)

والاب هو الذى يتولى الانفاق على أولاده فان قام بالواجب عليه شرعاً فيها وان اشتكت منه ام الاولاد ورفعت امرها الى القاضي مدعية انه

(مادة ٤٠٢) اذا كان الاب غائباً وله اولاد ممن تجب نفقتهم عليه وله مال عندهم من جنس النفقة فللحاكم أن يأمر بالانفاق عليهم منه ان كان نسبهم معروفاً أو معلوماً لدى الحاكم وكذلك الحكم اذا كان للغائب مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة واقر المودع أو المدين بالمال و بالاولاد أو لم يقر والحاكم يعلم ذلك وان لم يكن مال الغائب من جنس النفقة بان كان عقارا أو عروضاً فلا يباع منه شيء للنفقة بل تؤمر الام بالاستدانة عليه لنفقة الاولاد وللولد اذا كان مال أبيه الغائب من جنس النفقة ان ينفق منه بقدر كفايته بلا قضاء

(مادة ٤٠٣) لا يجب على الاب نفقة زوجة ابنه الصغير الفقير الا اذا ضمنها وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ديناً له يرجع به على ابنه اذا أيسر

مقصر في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الانفاق عليهم فلا يجيبها القاضي الى ما تطلب قبل التحرى فان تحرى وظهر له صدقها فرض لهم النفقة وامر الاب بتسليم قدر منها اليها لتتولى هي الانفاق على الاولاد فان قامت بالواجب عليها ولم يدع عليها الاب الخيانة فيها أما ان ادعى الاب ذلك بان قال انها تضيق عليهم في النفقة لتختلس ما بقى منها بحث القاضي ولو بسؤال من يداخلها من الجيران فان أخبروه بصحة قول الاب زجرها ومنعها عن ذلك نظرا للأولاد فان أحسنت صنعاً فالامر ظاهر والا فلا يسلمها مقدارا كبيرا من النفقة بل يسلمها لها عند الصباح والمساء أو يأمر غيرها ليتولى الانفاق على حسب ما تقتضيه مصلحة الاولاد فان استلمت نفقة مدة وضاعت منها أمر الاب باعطائها غيرها لان نفقة الاولاد وجبت للحاجة وقد وجدت بخلاف نفقة الزوجة كما تقدم في بابها — انظر مادة (٤٠٥)

فان لم ترفع الام أمرها الى القاضى عند ما رأت ان الاب يقتر على الاولاد في النفقة واصطلحت مع الاب على شيء معلوم فى نظير النفقة الواجبة عليه صح الصلح لان الاب يكون من جانب نفسه والام من جانب الاولاد ولما لها من حق الحضانة وحيئنذ لا يخلو الحال من أن يكون المبلغ المصطلح عليه

(مادة ٤٠٥) اذا اشتكت الام من عدم انفاق الاب أو من تقتيره على الولد يفرض الحاكم له النفقة ويأمر باعطائها لامه لتنفق عليه فان ثبتت خيانتها تدفع لها صباحاً ومساء ولا يدفع لها جملة أو تسلم لغيرها ليتولى الانفاق على الولد وان ضاعت نفقة الولد عند الام يفرض على ابيه له غيرها

مساوياً لمقدار النفقة او اكثر منه أو اقل فان كان الاول فظاهر وان كان الثاني فان كانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهي عفو وان كانت لاتدخل تحت التقدير تطرح عن الاب ـ وان كان الثالث وهو ماذا كان أقل من مقدار النفقة بحيث لايكفيهم زيد فى المصالح عليه الى ان يبلغ مقدار كفايتهم فاذا فرضنا أن نفقة الاولاد فى الشهر الف قرش واصطلحت مع الاب على ان تأخذ منه مثل هذا المبلغ او مع زيادة قليلة صح ذلك ولا ينقص شئ ومثل هذا ماذا كان هناك نقص خمسين قرشاً مثلا بحيث ان الباقى يكفيهم فانه لايزاد شئ اما اذا حصل الصلح على الف وخمسمائة او على ستمائة قرش طرح الزائد عن الاب فى الاول وزيد المقدار في الثانى الى تمام الكفاية لانها هى المقصودة — انظر مادة (٤٠٦)

فقد علمت انه متي رفعت الام امرها الى القاضي شاكية من تقتير الاب فى النفقة وثبت لدى القاضي ذلك قدر النفقة وحكم بها على الاب على حسب ميسرته وماهو مستعد له من الاكتساب بالنسبة للزمن المستقبل فاذا قام الاب بدفع النفقة كما فرض القاضى فيها .واما اذا مضت مدة بعد الفرض لم تأخذ الام فيها شيئاًمن المقدر فاما ان تكون النفقة غير مستدانة او مستدانة وان كانت مستدانة فاما ان تكون الاستدانة بغير اذن القاضى او

(مادة ٤٠٦) اذا صالحت المرأة زوجها عن نفقة الاولاد صح الصلح فان كان ماصطلحا عليه اكثر قدرا من النفقة وكانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهى عفو وان كانت لا تدخل تحت التقدير تطرح عن الاب وان كان المصالح عليه اقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم تزاد بقدر الكفاية

باذنه فان لم تكن النفقة مستدانة اصلا او كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلا يسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذي لم تطلبها الام فيه لانها صارت ديناً بالقضاء فلها المطالبة به سواء كانت المدة الماضية التى لم تأخذ فيها النفقة قليلة او كثيرة. وهذا هو الذى عليه العمل الآن وبعضهم يقول ان كانت المدة الماضية اقل من شهر فلا تسقط وان كانت شهراً فأكثر سقطت

واتفقوا على ان هذه النفقة تسقط بموت الاب او الاولاد فاذا مضت ثلاثة اشهر مثلا بعد القضاء بها وتجمدت على الاب نفقة هذه المدة ثم مات فلا يكون لام الاولاد حق فى اخذ المقدار المتجمد من التركة واذا ماتت الاولاد فليس لمن يرثهم مع الاب مطالبته بقدر نصيبهم منه لان الحنفية يقولون ان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية والشافعية يخالفونهم فى ذلك ومذهبهم ظاهر المراد

وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضي ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة الاب وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الاب موجوداً فلها ان تطالبه بها قصرت المدة او طالت واذا مات فلا تسقط ايضاً بل يكون لها الحق في اخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم. ويظهر ان الاب لو اذن الام فى الاستدانة بعد ما فرض القاضى النفقة واستدانت بالفعل وانفقت على الاولاد يكون الحكم كما لو اذنها القاضي بالاستدانة بل هو اولى لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي عليه — انظر مادة (٤٠٧)

(مادة ٤٠٧) اذا قضي القاضي الزوجة على زوجها بنفقة ولدها الصغير منه فهى فى

﴿ الباب الثالث ﴾

« في النفقة الواجبة للابوين على الابناء »

كما ان النفقة بجميع انواعها واجبة على الاصل لفرعه بالتفصيل المتقدم فكذلك نفقة الاصول واجبة على الفروع بالطريقة الآتية وهي

ان الاب اما ان يكون غنياً او فقيراً فان كان غنياً وجبت نفقته في ماله لانه نفقته على الفرع انما وجبت للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره

وان كان فقيراً فاما ان يكون قادراً على الكسب او عاجزاً عنه فان كان الاول ففيه خلاف قال بعضهم لا يجبر الولد على النفقة في هذه الحالة لان الاب غني باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير وقال البعض الآخر تجب النفقة فيجبر الولد عليها لان معنى الاذى في ايكاله الى الكد والتعب اكثر منه فى التأفيف المحرم بقوله تعالى (ولا تقل لهما اف ولا تنهرهما) وهذا القول هو المعول عليه. وان كان الثاني وهو ما اذا كان عاجزاً عن الكسب فلا خلاف في وجوب النفقة على الولد ولا فرق بين ان يكون الولد مذكراً او مؤنثاً صغيراً او كبيراً بعد ان يكون موسراً

حكم نفقة الزوجة فى عدم سقوطها بمضى شهر فاكثر بعد الفرض ولو بغير استدانة بامر القاضي وعليه عمل القضاة الآن وهو الارفق بخلاف سائر المحارم ولو فرض القاضى النفقة للصغير على ابيه ومضت مدة ولم تقبضها الام حتى مات الاب فان كانت النفقة مستدانة بامر القاضى يكون للام الرجوع بها فى تركته كما ترجع بها عليه لو كان حياً ولو لم تكن مستدانة بامر القاضي حتى مات سقطت النفقة بالاتفاق

واما الام فتجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة اتفاقاً ولو كانت قادرة على الكسب لان الانوثة عجز اللهم الا اذا كانت مكتسبة بالفعل — والاجداد والجدات وان علا كل منهما فى ذلك كالابوين سواء كان الجد او الجدة من قبل الاب كابى الاب وام الاب او من قبل الام كأبي الام وام الام

ولا يشترط فى وجوب النفقة على الفرع ان يكون الاصل مسلما بل لو كان ذمياً وجبت نفقته متى كان فقيراً اما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على ان تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) قيل نزلت هذه الآية في سعد بن ابى وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فأبي سعد وصبرت هى ثلاثة ايام حتى غشى عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا اليه فنزلت هذه الآية. وليس من الاحسان والمعروف ان يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركها يموتان جوعا. واما الاجداد والجدات فلانهم تسببوا في احيائه فاستوجبوا عليه الاحياء كالابوين ولكن يشترط فى وجوب النفقة على الفرع للاصل ان يكون موسراً ومتى كان كذلك فلا يشاركه أحد في نفقة اصوله المحتاجين — انظر مادة (٤٠٨)

(مادة ٤٠٨) يجب على الولد الموسر كبيراً كان او صغيرا ذكرا او انثي نفقة والديه واجداده وجداته الفقراء مسلمين كانوا او ذميين قادرين على الكسب او عاجزين ولا يشاركه الولد الموسر احد فى نفقة اصوله المحتاجين

وكما تجب نفقة الاب على الولد تجب نفقة زوجته عليه ولكن المعول عليه ان نفقة زوجة الاب لا تجب على الولد الا اذا كان الاب مريضاً مرضاً يحوجه الى زوجة او خادم يقوم بشأنه كالعمى والشلل فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه كما وجبت نفقة المخدوم وحيث ان زوجة واحدة تكفى لخدمته فلا تجب على ولده الموسر الا نفقة زوجة ولو كان متزوجا بعدة زوجات وانما يدفعها للاب ليوزعها عليهن — انظر مادة (٤٠٩)

ومحل وجوب نفقة الام على ولدها اذا لم تكن متزوجة فان كانت كذلك فنفقتها على زوجها ولكن المقام فيه تفصيل لان الام اما ان تكون متزوجة بأبي الولد واما ان تكون متزوجة بغيره. فان كان الاول وكان الاب موسراً وجبت نفقتها عليه وان كان معسرا والام معسرة ايضاً قال ابن عابدين الظاهر وجوبها على الولد ولو لم يكن الاب محتاجا اليها لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة ابويه احد واما لو كانت موسرة والاب محتاج اليها فكذلك. وان لم يكن الاب محتاجا فالظاهر انه يؤمر بها ليرجع على ابيه اذا ايسر او تنفق هى لترجع على الاب عند الميسرة وهذا أقرب. وان كان الثاني وهوما اذا كانت متزوجة بغير ابي الولد فلا كلام فى وجوب نفقتها على زوجها سواء كان موسرا او

(مادة ٤٠٩) اذا كان الاب زمنًا او مريضاً مرضاً يحوجه الى زوجة تقوم بشانه اوالى خادم يخدمه وجبت نفقة الزوجة او الخادم على ولده الموسر كما تجب له نفقة خادم على ابيه ان كان معسرا ومحتاجا الى ذلك كما تقدم فى الاب واذا كان للاب الفقير عدة زوجات فلا يجب على ولده الموسر الا نفقة واحدة عند الحاجة كما سبق

معسرا انما اذا كان معسرا يؤمر الولد بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه دينا له على الزوج يأخذه منه اذا ايسر وهذا اذا كان الزوج حاضرا فلو كان غائبا فرضت لها النفقة في ماله ان كان له مال على الطريقة المتقدمة في نفقة زوجة الغائب فان لم يكن له مال اصلا فرض لها القاضي النفقة وامر الولد بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه دينا على الزوج يأخذه منه اذا حضر — انظر مادة (٤١٠)

فالذى علم ان نفقة الاب لا تجب على الولد الا اذا كان موسرا والاب فقير فلو كان الولد فقيرا ايضا فاما ان يكون الاب قادرا على الكسب او عاجزا عنه فان كان الاول فالمعول عليه عدم وجوب النفقة قضاء وان كان الثاني وجبت النفقة فللقاضي اذا كان يبقى من كسب الولد شيء بعد نفقته ونفقة اولاده فرضها فيه وأمره بالاعطاء واما اذا لم يبق شيء فلا يجبر على اعطائه شيئاً على حدته بل يؤمر بضم الاب الى عياله وينفق على الكل لان طعام الاربعة مثلا اذا فرق على الخمسة لا يضرهم ضرراً فاحشاً . وكل اصل مذكر كالاب يكون حكمه حكم الاب واما الاصل المؤنث فلا يشترط في اجراء الاحكام المتقدمة عليه ان يكون عاجزاً عن الكسب بل يكفي فيه الفقر ولو كان قادراً على الكسب لان الانوثة بمجردها عجز فالام او الجدة المحتاجة ولو لم يكن بها ما يمنعها عن الكسب بمنزلة الاب اذا لم يكن قادراً على الاكتساب

(مادة ٤١٠) المرأة المعسرة المتزوجة بغير أبي الولد نفقتها على زوجها لا على ولدها انما اذا كان زوجها معسراً أو غائباً وولدها من غيره موسرا يؤمر بالانفاق عليها ويكون دينا له يرجع به على زوجها اذا أيسر أو حضر

ـ انظر مادة (٤١١)

وكل الاحكام المتقدمة فيما اذا كان الولد حاضراً اما اذا كان غائباً فان كان له مال من جنس النفقة سواء كان موجوداً في بيته أو كان وديعة أو ديناً ورفع الابوان الفقيران أو أحدهما الامر الى القاضي طالباً فرض النفقة في هذا المال فرضها له بالطريقة والاحكام المتقدمين في شرح مادة (٤٠٢) وان كان موضوعها نفقة الفروع على الاصول لان الاحكام لا تختلف اذ القاضي يقضي بالنفقة في مال الغائب للزوجة والفروع والاصول ومتى فرضها القاضي فيه وامر كلا من المودع والمدين بالانفاق عليهم وقام بما أمر به فليس للغائب اذا حضر حق قبل واحد منهما لان امر القاضي ملزم اذ ولايته عامة فصار كامر الغائب نفسه

واما اذا انفق المودع الوديعة على ابوى صاحبها او على أولاده وزوجته او انفق المدين الدين على من ذكروا وكان ذلك بغير اذن من القاضي ولا من صاحب الوديعة والدين فانه لا يبرأ امام المودع والدائن فلكل منهما مطالبته بالوديعة والدين وليس له ان يحتج بانه انفقهما على من ذكر لانه تصرف في مال الغير بلا ولاية عليه ولا نيابة منه فيضمنه واذا دفع مثل الوديعة والدين الى مستحقه فلا يكون له حق في الرجوع على من انفق عليهم لانه بالضمان

(مادة ٤١١) لا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير الا اذا كان الابن كسوبا والاب زمنا لا قدرة له على الكسب فحينئذ يشاركه الاب في القوت ديانة والام المحتاجة بمنزلة الاب الزمن ولو لم يكن بها زمانة وان كان للابن الفقير عيال يضم أبويه المحتاجين الى عياله وينفق على الكل ولا يجبر على اعطائهما شيئاً على حدته

ملكه مستندا الى وقت التعدى فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين صاحبها فانه يكون ضامنا كذا قالوا وهذا اذا كان صاحب الوديعة غائبا ثم حضر اما اذا مات في سفره فقد برئ المودع اذا لم يكن للغائب وارث سوى من استلم النفقة فلا رجوع له على المودع لانه وصل اليه عين حقه فلو كان للغائب وارث غير من اخذ الوديعة ضمن المعطى حصته من الوديعة وقيد بعضهم ضمان منفق الوديعة والدين فيما اذا كان الانفاق بغير اذن بما اذا كان المودَع والمدين في مكان يمكن استطلاع رأى القاضى أو المالك فيه فان كان فى مكان لا يمكن فيه ذلك فلا ضمان استحسانا وهو قيد حسن لان كلا من المودَع والمدين وان لم تكن له ولاية على المال الا انه اوصله الي مستحقه في الوقت الذي لا يمكنه الحصول علي رأى من له الولاية ـ وينبنى على ذلك انه لو كان لشخص وديعة عند غيره وكان صاحبها مدينا لآخر فقضى المودع دين صاحبها منها فلا يضمن استحسانا حتي لو مات صاحب الوديعة فى سفره اذا كان غائباً حل للمودع ان يحلف لورثته انهم لا يستحقون قبله حقاً لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح (والله يعلم المفسد من المصلح) ولكنهم قالوا ان ذلك خاص بالديانة اما فى القضاء فيضمن ويترتب على هذا مسائل كثيرة. منها اذا كان رجلان فى سفر فطرأ على أحدهما ما يستوجب صرف شيء من ماله عليه فصرفه فلا يضمنه استحساناً. ومنها ما اذا كان لمسجد اوقاف ولم يكن لها متول فقام واحد من اهل البلد وانفق علي المسجد من ريع الوقف ما يحتاج اليه فانه لا يضمن استحساناً . ومنها ما اذا توفي رجل عن ورثة فيهم كبار وصغار وليس هناك وصي فانفق الكبار على الصغار فلا يعدون متطوعين فيما انفقوا بل لهم ان يحسبوا

ذلك من حصتهم لانهم محسنون فيحل لهم ان يقروا بما فضل له من نصيب الصغار فقط ولو حلفوا فلا شيء عليهم ونظير هذا ما اذا عرف الوصى الدين على الميت فقضاه من تركته ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضى ولا الورثة فانه لا يأثم الى غير ذلك من الفروع التى لا تدخل تحت حصر . وقد جرى الامام محمد على هذا الاصل فقد روى انه توفى احد تلامذته فباع كتبه وانفق ثمنها فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك الى احد فتلا قوله تعالى (والله يعلم المفسد من المصلح) — انظر مادة (٤١٢) .

فالذى علم ان الشخص اذا كان له فرع او اصل وجبت النفقة على الموجود منهما فاذا لم يكن له واحد منهما فان كان له قريب من جهة الحواشى كالاخ والعم والخال وجبت له عليه النفقة فاذا لم يكن له قريب ممن تجب نفقته عليه وكان لا يمكنه التكسب بأى طريقة من الطرق وجبت نفقته في بيت المال فالشيخ الكبير والمريض مرضاً مزمنا والاعمي والاشل الذين لا يمكنهم الولوج فى اى باب من ابواب الكسب تجب نفقتهم فى بيت المال لان الغرم بالغنم اذ لو فرض موت واحد منهم عن تركة ولم يترك وارثاً

(مادة ٤١٢) اذا كان الابن غائبا وله مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة فللقاضى أن يفرض منه النفقة لابويه الفقيرين ولو أنفق المودع الوديعة أو المديون الدين على أبوي الغائب بلا اذنه أو بغير أمر القاضي يضمن للغائب ما أنفقه ولا رجوع له على ابويه ولو انفق المودع الوديعة على ابي الغائب بلا امره ثم مات الغائب ولا وارث له غير الاب فلا رجوع للاب علي المودع

اخذها بيت المال — انظر مادة (٤١٣)

فان كان الموجود من جهة الفرع شخصاً واحداً وجبت عليه النفقة لاصله متى كان الاصل معسراً والفرع موسراً واما اذا وجد اثنان او اكثر فاما ان يختلفوا فى الدرجة او يتحدوا فيها — فان كان الاول كبنت وابن ابن او بنت بنت وبنت ابن ابن وجبت النفقة على الاقرب درجة ولو كان لا يستحق شيئاً فى الميراث ففى المثال الاول تجب النفقة على البنت لانها اقرب من ابن الابن وكل منهما وارث اذ لو فرض موت الشخص الواجبة له النفقة عن تركة اخذت البنت النصف بطريق الفرض وابن الابن النصف بطريق التعصيب وفى المثال الثانى تجب النفقة على بنت البنت لانها اقرب درجة وان كان الوارث فيه بنت ابن الابن لانها من ذوى الفروض واما بنت البنت فهى من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئاً مع اصحاب الفروض

وان كان الثانى وهو ما اذا اتحدت الدرجة كبنت وابن او ابن ابن وبنت بنت وجبت النفقة على الجميع بقطع النظر عن الاستحقاق في الميراث وعن الذكورة والانوثة وزيادة الثروة ونقصها ويبنى على ذلك انه لو كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران فنفقته عليهما بالسوية وان كان الميراث بينهما اثلاثاً للمذكر ضعف ما للانثى وان كان له ولدان موسران احدهما مسلم والثانى نصراني او يهودى فالنفقة أيضاً عليهما بالسوية ولو كان الوارث هو المسلم اذا كان ابوهما مسلماً او غير المسلم اذا كان الاب غير مسلم لان اختلاف

(مادة ٤١٣) نفقة الشيخ الكبير والزمن والمريض على بيت المال اذا لم يكن لهم مال ولا قريب يعولهم .

الدين من موانع الارث وان كان له ابن ابن وبنت بنت موسران فالنفقة عليهما انصافاً وان كانت بنت البنت لا تستحق شيئاً مع ابن الابن لانها من ذوى الارحام وهو عصبة ولو كان للفقير ابنان احدهما فائق في الغنى والآخر لا يملك الا قليلا من المال وجبت النفقة عليها بالسوية

وخالف بعضهم في ذلك متى كان التفاوت في الغنى فاحشاً فقال ان النفقة تكون بقدر التفاوت فى الثروة. وانما كانت النفقة على الفروع بالسوية بقطع النظر عن الارث متى اتحدت الدرجة لان المعتبر في ايجاب النفقة هو الجزئية او اعتبار التأويل فى مال الولد بالحديث المشهور «انت ومالك لابيك» يشمل الذكر والانثى على حد سواء. كذا قال بعض الفقهاء وخالف بعضهم فى ذلك قائلا تجب النفقة على الفروع للاصول بمقدار الارث مستدلا بقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فجعل العلة هى الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة ولان الغرم بالغنم اى مقدر به فالذى يغنم من الاصل اذا مات عن تركة هو الفرع الوارث فيغرم بمقداره ان كلا فكل وان بعضاً فبعض

وينبنى على هذا انه لو كان لشخص فقير ابن وبنت فالنفقة عليهما اثلاثاً ولو كان له بنت وابن ابن فالنفقة عليهما انصافاً كالارث ولو كان له بنت بنت وابن ابن فالنفقة عليه لا عليها لانه هو الوارث وهذا القول ظاهر المراد — انظر مادة (٤١٤)

(مادة ٤١٤) لا عبرة بالارث فى النفقة الواجبة على الابناء للوالدين بل تعتبر الجزئية والقرابة بتقديم الاقرب فالاقرب فاذا كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران

﴿ الباب الرابع ﴾
فى نفقة ذوى الارحام

ذوو الارحام فى اللغـة هم الاقارب سواء كانوا فروعاً او أصولا او غيرهم ولكن للفقهاء فيهم اصطلاحات فيطلقونهم فى باب النفقات على من عدا الفروع والاصول من الاقارب فنفقة الفروع واجبة على الاصول وبالعكس على حسب الطريق التي عرفتها من البابين المتقدمين واما نفقة غيرهم من الاقارب فلا تجب الا اذا كان رحماً محرماً أى قريباً تحرم مناكحته كالاخت والخالة مثلا فان كان رحما غير محرم اى قريباً تحل مناكحته كبنت العمة والخالة وبنت العم والخال فلا تجب النفقة وقال ابن ابى ليلى والامام احمد بن حنبل تجب النفقة لكل قريب وارث سواء كان رحما محرماً او رحما غـير محرم واستدلوا بقوله تعـالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس الا وسعها لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) ووجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالي علق وجوب النفقة بالوارث سواء كان محرما او غـير محرم فتقيد المحرمية زيادة على مافى القرآن وهو لايجوز وروى ان بعض الصحابة سأل النبى عليه الصلاة والسلام قائلا له «يارسول الله من أبر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال

فنفقته عليهما بالسوية وان كان له ولدان موسران أحدهما مسلم والثانى نصراني او يهودى فالنفقة عليهما أيضاً بالسوية وان كان له ابن وابن ابن موسران فنفقته على الابن فان كان الابن غائباً ولا مال له حاضر يؤمر ابن الابن بالانفاق ويرجع به على أبيـه اذا حضر وان كان له ابن ابن وبنت بنت فالنفقة عليهما بالسوية

اباك ثم الاقرب فالاقرب . وفى رواية قال فضل شيء عن أهلك فلذوى قرابتك » فهذا الحديث ليس فيه تقييد بالرحم المحرم بل كل قريب واستدلت الحنفية بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فتكون بيانا للقراءة المتواترة ويرد على هذا بان القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد وهو لايجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة وهو في محله اللهم الا ان يدعى شهرتها ومذهب الامام احمد وابن ابي ليلى ظاهر المراد

ولنوضح لك هذا بانه اذا كان لشخص تجب له النفقة على اقاربه خال وابن عم شقيق او لاب فعلى مذهب الامام احمد تجب النفقة على ابن العم لانه قريب وهو الوارث وعند ابي حنيفة واصحابه تجب على الخال وان كان الوارث هو ابن العم لان ابن العم ليس محرماً وان كان قريباً ولا يخفى مافيه. فالذى ظهر ان نفقة غير الاصول والفروع لا تجب الا اذا كان القريب رحما محرما عند الحنفية ومع هذا فلا بد لوجوبها من شروط تتحقق فى الشخص المنفق عليه وان كانت تختلف بحسب صغره وكبره وذكورته وانوثته وفقره وغناه

وبيان ذلك ان الرحم المحرم اما ان يكون غنيا او فقيرا وعلى كل فاما ان يكون صغيرا او كبيرا وعلى كل فاما ان يكون مذكرا او مؤنثا. فان كان ذو الرحم المحرم غنيا فنفقته من ماله سواء كان صغيرا او كبيرا وسواء كان مذكرا أو مؤنثا لان نفقته انما وجبت على قريبه لحاجته وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره. وان كان ذو الرحم المحرم فقيرا وصغيرا وجبت نفقته على قريبه بقدر ارثه منه سواء كان مذكرا او مؤنثاً لانه محتاج فيؤمر القريب بسد عوزه ولان

الغرم بالغنم فكما انه يرثه ان مات عن تركة ينفق عليه ان كان محتاجا للنفقة

وان كان ذو الرحم المحرم كبيراً ومذكراً فاما ان تكون به عاهة تمنعه عن الكسب اولا فان كان الاول كما اذا كان مريضا مرضا مزمنا أو به شلل او عمى او كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب او من ابناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على قريبه بقدر ارثه منه لتحقق العجز. وان كان الثاني وهو ما اذا لم يكن به عاهة تمنعه عن الكسب فلا تجب النفقة على قريبه بل على نفسه لانه غني بكسبه فتجب نفقته فيه والمراد بالكبير هنا ان يكون قادراً على الكسب وان لم يكن بالغا فان اكتسب وكان كسبه يفي بحاجته فيها وان لم يف فعلى قريبه اتمام الكفاية

وان كان ذو الرحم المحرم كبيرا ومؤنثاً وجبت النفقة على القريب سواء كانت عاجزة عن الكسب او قادرة الى ان تتزوج وحينئذ تكون نفقتها على زوجها ثم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها في كسبها فان وفى بحاجتها فذاك هو المطلوب والا فعليه تمام الكفاية

ويشترط في ايجاب النفقة على القريب ان يكون موسرا فلو كان معسرا فلا تجب عليه واختلف العلماء في تفسير اليسار في باب النفقة فقال ابو يوسف لا يكون الشخص موسرا الا اذا كان مالكا لنصاب الزكاة وهو عشرون مثقالا من الذهب او مائتا درهم من الفضة ولا بد ان يكون هذا المبلغ فاضلا عن حوائجه الاصلية لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه في الشرع كصدقة الفطر . ومحمد يقدر اليسار في وجوب النفقة بأن يكون عنده شيء فاضل عن نفقة نفسه وعياله بحسب استعداده للكسب لان المعتبر في حقوق العباد

القدرة دون النصاب وهذا أوجه فليكن المعول عليه لانه اظهر من حيث الترجيح والاستدلال وان قالوا الفتوى على الاول . فمتى كان القريب موسرا وقام بالواجب عليه نحو قريبه فذاك هو المطلوب والا فيجبره صاحب الولاية العامة بما يراه رادعاً له لامتناعه عن حق واجب عليه — انظر مادة (٤١٥).

ويشترط فى وجوب نفقة ذوى الارحام اتحاد الدين فلا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني أو اليهودي وبالعكس اذ لا توارث بين المسلم وغيره لأن النفقة تابعة للارث بدليل قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك).

ولكن لا يشترط هذا الشرط وهو اتحاد الدين فى نفقة الزوجة والاصول والفروع بل تجب لهم النفقة وان اختلفوا فى الدين لأن نفقة الزوجة انما وجبت بعقد النكاح وذلك يتبع صحة العقد دون اتحاد الملة ولان نفقة الاصول وجبت على الفروع بقوله تعالى (وصاحبهما فى الدنيا معروفا) وفسرها النبى صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا ونزلت هذه الآية فى حق الابوين الكافرين بدليل ما قبلها وهو (ووصينا الانسان بوالديه حسناً وان جاهداك على ان تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما

(مادة ٤١٥) تجب النفقة لكل ذى رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه ولو صغيراً بقدر ارثه منه ويجبر القريب عليها ان ابى وهو موسر ولا فرق بين أن يكون ذو الرحم المحرم المحتاج ذكراً صغيراً او كبيراً عاجزاً عن الكسب او انثى صغيرة او بالغة زمنة او صحيحة البدن قادرة على الكسب لا مكتسبة بالفعل .

في الدنيا معروفاً) وليس من الاحسان ولا من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً ولو كانا غير مسلمين . ولان نفقة الفروع وجبت بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولا تفصيل فيها ولان الفرع جزء من الاصل ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه ولكن يشترط ان تكون الاصول او الفروع غير المسلمين ذميين فلو كانوا مستأمنين او حربيين فلا تجب لهم النفقة بشهادة قوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم الخ) فلم ينهنا عن بر من لم يقاتلنا فى الدين وهم الذميون ونهانا عن بر من قاتلنا فيه فما علينا الا امتثال الامر — انظر مادة (٤١٦)

ويتفرع على مذهب السادة الحنفية القائلين بانه لا تجب نفقة القريب الا اذا كان رحماً محرماً انه اذا وجد لشخص مستحق للنفقة عدة اشخاص من اقاربه فلا يخلو الحال من احد أمرين الاول الاختلاف فى المحرمية الثانى الاتحاد فيها فان كان الاول وجبت النفقة على الرحم المحرم اما القريب الرحم غير المحرم فلا تجب عليه نفقة قريبه ولو لم يوجد الا هو فلو كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق او لاب او لام وابن عم شقيق او لاب وجبت النفقة على الخال وان كان ابن العم هو الوارث اذ لو فرض موت هذا

(مادة ٤١٦) لا نفقة مع الاختلاف دينا الا للزوجة والاصول والفروع الذميين فلا تجب على مسلم لاخيه الذمي ولا على ذمى لاخيه المسلم ولا على مسلم او ذمي لابويه غير الذميين ولو كانا مستأمنين ولا على مستأمن لمسلمين او ذميين

الشخص عن تركة استحقها ابن العم لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيأ مع العاصب وانما وجبت النفقة على الخال لا على ابن العم لان الاول رحم محرم والثانى رحم غير محرم ومثل هذا المثال ما اذا كان لشخص مستحق النفقة عم لام وابن عم لاب فان النفقة تجب على الاول لا على الثانى لما تقدم ولا تنس ما تقدم لك من ان الامام احمد بن حنبل وابن أبي ليلى من الحنفية يخالفان فى ذلك فيجعلان وجوب النفقة دائراً على محور الارث سواء كان القريب رحماً محرما أو رحماً غير محرم فيوجبان النفقة فى المثالين المتقدمين على ابن العم وهو ظاهر اذ الغرم بالغنم — انظر مادة (٤١٧)

وان كان الثانى وهو ما اذا اتحدت الاقارب فى المحرمية فاما ان يكون بعضهم هو المستحق للتركة وحاجبا للبعض الآخر واما ان يكون الكل مستحقين في التركة على فرض وجودها

فان كان الاول وجبت النفقة على المستحق وحده وينتج من هذا انه اذا كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق او لاب او لام وعم شقيق او لاب تجب النفقة على العم لا الخال لاستوائهما في المحرمية والعم يحجب الخال لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وذو الرحم لا يستحق شيئا مع

(مادة ٤١٧) لا تجب نفقة على رحم غير محرم مع وجود الرحم المحرم أو عدمه فاذا لم تستو الاقارب في المحرمية بان كان بعضهم محرما وبعضهم غير محرم يعتبر فى ايجاب النفقة أهلية الارث لا حقيقته فلو كان للفقير خال من قبل الاب والام أو من قبل أحدهما وابن عم لاب وأم فنفقته على الخال وان كان ابن العم هو الوارث

العاصب وهو ظاهر لان الغرم بالغنم

وان كان الثاني وهو ما اذا كان الكل مستحقين فى التركة وجبت النفقة على الجميع بقدر استحقاقهم فى الارث ويتفرع على ذلك انه اذا كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق وخالة شقيقة وجبت النفقة عليهما اثلاثاً فالخال يلزمه الثلثان والخالة الثلث لان ارثهما على هذه النسبة فلو كان احدهما شقيقاً والآخر لاب او لام وجبت النفقة على الشقيق لانه اقوي من الآخر فهو الوارث. ولو كان له أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام وجبت النفقة عليهن اخماسا ثلاثة اخماس على الاخت الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام لان استحقاقهن للارث في هذا المثال على هذه النسبة — وبيان ذلك ان الاخت الشقيقة لها النصف وكل من الاختين الباقيتين السدس فيكون المجموع خمسة أسداس وحينئذ يبقى من التصحيح الذى انقسمت اليه التركة سدس ومن حيث انه لا يوجد مستحق له فيرد على الموجودات بنسبة سهامهن وهي خمسة للشقيقة منها ثلاثة ولكل من الاختين واحد فقد أخذت الشقيقة ثلاثة اخماس التركة فرضاً ورداً وكل من الاختين الاخيرتين الخمس فرضاً ورداً أيضاً. ولو كان له اخ شقيق واخ لاب واخ لام وجبت النفقة على الاخ الشقيق والاخ لام ولا شئ على الاخ لاب لانه لا يرث فى هذا المثال اذ هو محجوب بالاخ الشقيق لان كلا منهما عاصب فيقدم الاقوى عند الإتحاد في الجهة والدرجة واما الاخ لام فليس بعاصب بل من أصحاب الفروض فلا يحجبه الاخ الشقيق وان كان أقوي منه ووجوب النفقة عليهما يكون بقدر استحقاقهما فى الميراث فعلى الاخ لام

السدس وعلى الشقيق الباقى — انظر مادة (٤١٨)

ومن حيث ان نفقة القريب واجبة فان قام بها من تلزمه نحو قريبه فبها ونعمت وان لم يقم ورفع المستحق لهـا أمره للقاضي طالبا منه فرض النفقة له اجابه الى طلبه وفرضها وألزم القريب باعطائه المفروض من ذلك التاريخ متى توفرت كل الشروط المتقدمة فان دفع القريب لقريبـه المبلغ المقضى به في مواعيده فالأمر ظاهر أما اذا مضت مدة بعد الفرض لم يأخذ فيها شيئا من المقدر فاما ان تكون النفقة غير مستدانة أصلا واما ان تكون مستدانة وان كانت مستدانة فاما ان تكون الاستدانة بغير اذن القاضي او باذنه وكل له حكم يخصه واليك البيان

فان لم تكن النفقـة مستدانة أصلا او كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلا يسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذي لم يطلبها فيـه ان كانت المدة أقل من شهر فان كانت شهراً او اكثر سقطت وكما تسقط بمضي الزمن تسقط بالموت. وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها

(مادة ٤١٨) اذا استوت الاقارب فى المحرمية وأهلية الارث يترجح الوارث حقيقة ويلزم بالنفقة بقدر الارث ان كان موسرا فلو كان لذى الرحم المحرم المحتاج خال وعم موسران فنفقته على العم ولو كان له خال وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما أثلاثا ولو كان له أخوات متفرقات فنفقته عليهن أخماسا ثلاثة أخماس على الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام. ولو كان له اخوة متفرقة فالسدس على الاخ لام والباقى على الشقيق

أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة المقضي عليه بنفسه وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام القريب المقضى عليه بالنفقة موجوداً فللمقضي له ان يطالبه بها قصرت المدة او طالت وكذا اذا مات لا تسقط أيضا بل يكون له الحق فى اخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم على الارث ومثل نفقة ذوي الارحام فى الاحكام المتقدمة نفقة الوالدين لان نفقة الكل انما وجبت للحاجة فاذا اندفعت سقطت النفقة — انظر مادة (١١٦)

﴿ الباب الخامس ﴾

« فى ولاية الاب »

لما كان الشارع حكيما يضع الاشياء فى محالها نظر الى الشخص وهو أعلم بمصالحه من حيث التصرف نظر خبير فقال ان الشخص سواء كان مذكراً او مؤنثاً اما ان يكون صغيراً واما ان يكون كبيراً والكبير اما ان يكون عاقلا أو غير عاقل والعاقل اما ان يكون رشيداً اى مصلحاً فى ماله أو غير رشيد وجعل لكل حكما يخصه واليك البيان

فالشخص الكبير اى البالغ ان كان عاقلا رشيداً فلا ولاية لأحد

(مادة ٤١٩) النفقة المفروضة للابوين ولذوى الارحام تسقط بمضى شهر فأكثر مالم تكن مستدانة فعلا بأمر القاضى فلا تسقط وتكون دينا على من وجبت عليه تؤخذ من تركته بعد موته

عليه بل هو الذي يتولى امور نفسه لان الشخص متي كان كامل الرأى كان نظاره فى شؤون نفسه أنفع من نظر غيره فيها وان كان غير رشيد فالامام لاعظم يوليه امور نفسه ولا يرى الحجر عليه متى بلغ خمساً وعشرين سنة والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف في ماله وقد تقدم لك هذا المبحث بمالا مزيد عليه في الحجر على السفيه

وان كان صغيراً أو كبيراً غير عاقل بان كان مجنوناً او معتوهاً فاتفقوا على انه محجور عليه ولا ولاية له بل الذي يتولى اموره غيره لانه عاجز عن النظر فيما ينفعه وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط وتارة تكون له الولاية على المال ليس الا وتارة تكون له الولاية عليهما وقد عرفت من له الولاية على النفس في الباب الرابع في الولاية على النكاح وأما الذى له الولاية على المال فقط فهو الوصي والذى تثبت له الولاية عليهما هو الاب والجد والقاضى وان كانوا ليسوا فى درجة واحدة

والغرض الآن بيان من له الولاية على المال سواء كانت له الولاية على النفس اولم تكن وهم ستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وان بعد والجد ووصيه كذلك والقاضى ووصيه فالاب مقدم على الكل لان الشفقة واصالة الرأى الموجودين عنده لا يوجدان عند غيره ولكن الآباء ليسوا كلهم فى حكم واحد بالنسبة للتصرف فى امور أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم لان الاب اما ان لايعرف بسوء الاختيار بأن كان عدلا او مستوراً واماأن يعرف بذلك بأن كان فاسد الرأى سيئ التدبير فان كان الاول ثبتت له الولاية فى النفس وفى المال على اولاده الصغار والكبار غير المكلفين سواء كانوا ذكوراً

أو اناثاً وسواء كانوا موجودين عنده بأن كانت مدة الحضانة قد انتهت أو كانوا موجودين عند الحاضنة أما كانت او غيرها فله ان يزوجهم وان لم يرضوا لان الولاية هي تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وله التصرف فى أموالهم بما يراه صالحا لهم. وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاب فاسد الرأى سيء التدبير فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٤٢٤) — انظر مادة [٤٢٠]

وتستمر هذه الولاية مادام الوصف الموجب لها وهو الصغر موجوداً فان بلغ الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فاما ان يبلغ غير عاقل بأن بلغ مجنوناً او معتوها واما ان يبلغ عاقلا فان كان الاول استمرت الولاية لان السبب وهو عدم الاهتداء الى التصرفات النافعة موجود فتبقى ما بقى وان كان الثانى وكان رشيداً انقطعت الولاية وصار هو ولى أمر نفسه ولكن لو طرأ عليه الجنون او العته بعد ذلك عادت ولاية أبيه لوجود السبب وهو عدم اهتدائه الى النافع له — انظر مادة [٤٢١]

وقد علمت ان الاب متى لم يعرف بسوء الاختيار بان كان متصفاً بالعدالة وحسن السيرة أمينا على حفظ المال او كان مستور الحال ثبتت له الولاية على أموال اولاده فله حينئذ ان يستثمرها بالتصرفات التى يراها

(مادة ٤٢٠) للاب ولو مستورا الولاية على أولاده الصغار والكبار غير المكلفين ذكورا واناثا فى النفس وفي المال ولو كان الصغار في حضانة الام واقاربها وله ولاية جبرهم على النكاح

(مادة ٤٢١) اذا بلغ الولد معتوها أو مجنونا تستمر ولاية أبيه عليه في النفس وفى المال واذا بلغ عاقلا ثم عته أو جن عادت عليه ولاية أبيه

مؤدية الى ذلك سواء كان بنفسه او بواسطة غيره بان يدفع له مبلغاً من مال ولده ليتجر فيه والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق فيكون المال من جهة ابي الولد والعمل من جهة الآخر وهذا العقد يسمى مضاربة وله ان يملك منافع اموال ولده لغيره فى مقابلة مبلغ يأخذه منه سواء كانت تلك الاموال منقولات او عقارات وهذا العقد يسمى اجارة وكما انه يملك اجارة الاموال يملك أيضا اجارة نفس الولد ان كان مذكرا اما الانثى فلا وعللوا ذلك بان المستأجر يختلي بها وهو غير جائز فيؤخذ منه ان اجارتها لو كانت لامرأة تعلمها صنعة تنفعها فى المستقبل جاز له ذلك لحصول المنفعة في الحال والاستقبال وبما ان الاب يملك هذه التصرفات بنفسه يملك ايضاً ان يوكل غيره ليتولاها بالنيابة عنه اذ التوكيل هو اقامة غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه — انظر مادة (٤٢٢)

وكما انه يجوز للاب اجارة مال ولده يجوز له ايضا بيعه سواء كان المال عقاراً او منقولا ولكن عند مايبيع مال ولده فاما أن يكون البيع لنفسه او لغيره فان كان الاول فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٤٢٦)

وان كان الثاني فاما ان يبيعه بمثل قيمته او بأقل فان كان الاول صح العقد وان كان الثانى فاما ان يكون الغبن يسيراً او فاحشا فان كان يسيرا صح

(مادة ٤٢٢) اذا كان الاب عدلا محمود السيرة أو مستور الحال أمينا على حفظ المال فله التصرف والتجارة بالمعروف فى مال الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما وله أن يدفعه للغير مضاربة وأن يوكل غيره بذلك وله الاجارة فى النفس للذكر وفى المنقولات والاراضى والدواب وسائر الاموال

العقد أيضا لانه لايستغنى عنه فى المعاملات فني اعتباره سدّ باب التصرفات ومتي كان العقد صحيحا فليس للولد نقضه بعد البلوغ لانه صدر عن ولاية تامة ولا موجب لنقضه وان كان الغبن فاحشا كان العقد باطلا لان ولاية الاب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش ولو فرض أن الولد اجاز هذا العقد بعد بلوغه تكون الاجازة لاغيـة لان الاجازة انما تلحق العقد الصحيح الموقوف لا الباطل. والغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش بخلافه وبعضهم يقدر الغبن الفاحش بنقص خمس الثمن عند البيع وزيادته عند الشراء

وجميع الاحكام المتقدمة بالنسبة للبيع تقال في الاجارة فلا تصح اجارة الاب أموال ولده الا اذا كانت الاجارة بأجر المثل او بغبن يسير

وعندمايؤجر الاب ولده او ماله لزمن معلوم اذا استمر الولد صغيرا حتى انقضت مدة الاجارة فلا كلام من جهة فسخ الاجارة وعدمه واما اذا بلغ فى أثناء المدة فان كانت الاجارة على الاموال فليس له نقضها بل يستمر عقد الاجارة حتى تنتهى المدة التى اتفق عليها الاب والمستأجر وان كانت الاجارة على نفس الولد فهو مخير ان شاء ابقاها الى انتهاء المدة وان شاء فسخها والفرق بينهما أنه ليست هناك فائدة فى فسخ اجارة المال لان الظاهر أن أجرة المثل تبق مابقيت المدة بدون زيادة والمستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة مادامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية بخلاف ما اذا كانت الاجارة على نفس الولد فان الظاهر ان الاجرة تزيد لانه صار بعد بلوغه اقوي منه قبله وأيضاً قد يرى الولد بعد ماصار ذا رأي معول عليه شرعاً ان اشتغاله بغير ماهو مؤجر له يكسبه اكثر من الاجرة التى اتفق عليها أبوه مع المستأجر لان

الشخص ينظر في شؤون نفسه اكثر من غيره هذا ماظهر فان وجدت غيره فأيده لان الغرض المحافظة على الاحكام واما الاسباب فلا مانع من تعددها ومثل البيع الشراء فكما ان للاب بيع مال ولده كذلك يملك أن يشترى له ما يلزم ولكن لو كان الشراء بمثل القيمة او بغبن يسير نفذ العقد على الولد فلا يملك نقضه ولو بعد البلوغ لصدوره عن ولاية تامة فلا ينقض اما اذا كان بغبن فاحش فانه ينفذ على الاب ولا يكون العقد باطلا بخلاف البيع فانه يقع باطلا كما عرفته والفرق بين البيع والشراء ان فى البيع تمليك مال الولد وهو المبيع للغير فاذا كان فيه ضرر عليه يقع باطلا لانه لانظر له فيه فلا يصح التمليك واما الشراء ففيه تمليك مال الغير لولده بواسطة عقده فان كان في هذا العقد نظر له نفذ عليه وان لم يكن نفذ على العاقد لان الشخص له ان يتملك مال الغير ولو كان ما يبذله فى مقابلته اكثر من قيمته وليس له ان يملك مال من له الولاية عليه لغيره بأقل من قيمته اذا كان الغبن فاحشاً فقد وجد الشراء نفاذاً على العاقد فينفذ عليه — انظر مادة (٤٢٣)

فهذه هى احكام تصرفات الاب الذى لم يعرف بسوء الاختيار اما اذا

(مادة ٤٢٣) اذا باع الاب المذكور فى المادة السابقة من أموال ولده عرضا أو عقارا أو اشترى له شيأ او آجر شيأ من ماله بمثل القيمة او بيسير الغبن صح العقد وليس للولد نقضه بعد الادراك وان باع او أجر شيئاً بفاحش الغبن يبطل العقد ولا يتوقف على الاجازة بعد البلوغ وان اشتري لولده شيئاً بفاحش الغبن ينفذ العقد على نفسه لا على ولده واذا ادرك الولد قبل انقضاء مدة الاجارة الصحيحة فان كانت على النفس فله الخيار ان شاء نقضها وان شاء امضاها وان كانت على المال فليس له نقضها

عرف الاب بذلك بان كان فاسد الرأى سيء التدبير وباع مال ولده فلا يصح هذا البيع الا بالخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما ان يكون عقاراً او منقولا فان كان الاول فلا يصح البيع الا اذا كان بضعف القيمة فان باعه بأقل من الضعف لم يجز هـذا البيع وحينئذ فان رفعت المسئلة للقاضى قبل بلوغ الولد نقضه لما له من الولاية العامة أما اذا لم ترفع الى القاضى حتى بلغ الولد فللولد نقضه . وان كان الثانى وهو ما اذا كان المبيع منقولا فلا يصح الا اذا كان بزيادة الثلث بان يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع الظاهر للولد من غير تقييد بالضعف ولا بزيادة الثلث فى المنقول وهو ظاهر وانما اختلف الحكم باختلاف حالة الاب لان الاب اذا كان معروفاً بحسن التدبير وأصالة الرأى فهو لا يقدم على عمل الا اذا نظر فى عاقبته ليرى ما يترتب عليه فاذا أراد بيع شيء من أموال ولده مثلا يكون ناظراً لفائدة تعود على الولد من الثمن الذى يأخذه فى مقابلته بأن يشترى له به شيئاً يعود عليه بنفع اكثر من النفع المترتب على بقاء المبيع فحينئذ يجوز له البيع بمثل القيمة وبالغبن اليسير أما اذا كان معروفا بسوء الاختيار فلا يمكنه ان ينظر النظر المتقدم فلا يصح بيعه الا اذا كانت الفائدة موجودة فى نفس العقد اذ الموضوع انه لا يمكنه النظر فى العاقبة — انظر مادة (٤٢٤)

فالذي علم ان الاب متى كان متصفاً بفساد الرأى وسوء التدبير وضمت

(مادة ٤٢٤) اذا كان الاب فاسد الراى سيئ التدبير فلا يجوز له بيع عقار ولده الصغير والكبير الملحق به الا اذا كان خيرا له والخيرية ان يبيعه بضعف قيمته فلن باعه بأقل من ضعفها لم يجز بيعه فللولد نقض البيع بعد البلوغ

تصرفاته تحت قانون يضمن للولد النفع من نفس هذه التصرفات

اما اذا كان الاب مبذراً متلفاً مال ولده غير أمين على حفظه فليس له ان يتصرف فيه أصلا بل ينزع القاضى المال من تحت يده ويسلمه الى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغير بالنفع — انظر مادة[٤٢٥]

وقد علم ان الاب ان كان عدلا او مستور الحال جاز له بيع أموال ولده الصغير او الكبير الملحق به وشراء ما يراه موافقاً له سواء كان البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير اما لو كان الاب فاسد الرأى سيىء التدبير فلا يجوز له كل من البيع والشراء الا بالخيرية ولا يشترط في صحة كل من البيع والشراء ان يشترى الاب من غيره او يبيع لغيره بل لو اشترى مال ولده لنفسه او باع ماله لولده صح هذا العقد لانهم وان اشترطوا فى العاقد التعدد الا انهم استثنوا من هذا الشرط مسائل منها الاب ومنها الوصى المختار فان لكل منهما ان يبيع ما له لليتيم وان يشترى مال اليتيم لنفسه على التفصيل الذى يأتى لك فى تصرفات الوصى ومنها القاضى فان له ان يتولى طرفى العقد بالنسبة ليتيمين له الولاية على اموالهما

ولكن في صورة شراء الاب مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى يرفع الامر الى القاضي فينصب وصياً ليسلمه الاب الثمن ثم يستلمه منه ليكون من ضمن أموال ولده التى له عليها ولاية الحفظ والتصرف وانما احتجنا الى اقامة الوصى بالصورة المتقدمة لئلا يلزم عليه ان الاب يصير قاضياً ومقتضياً فى آن

(مادة ٤٢٥) اذا كان الاب مبذرا متلفا مال ولده غير امين على حفظه فللقاضى ان ينصب وصيا وينزع المال من يد ابيه ويسلمه الى الوصي ليحفظه

واحد ولدفع التهمة عن الاب

ويتم هذا العقد بمجرد قول الاب بعت هذا لولدى او اشتريت ذلك الشيء من ولدى لان عبارته المذكورة تقوم مقام الايجاب والقبول وفى صورة ما اذا باع الاب ماله لولده لا يصير قابضاً له بمجرد العقد بل لا بد من التمكن من قبضه ويتفرع على ذلك أنه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الاب لا على ولده فاذا فرض ان الاب في مصر وله مال بطنطا مثلا وباعه لابنه ثم هلك بطنطا قبل ان يحضره لاستلامه بالنيابة عن ولده فان هلاكه والحالة هذه يكون على الاب فلو أحضره الى مصر او ذهب الاب الى طنطا واستلمه كان حكمه كحكم باقي أموال ولده .

ويظهر أن الحكمة فيما ذكر منفعة الصغير بتقليل الاخطار التى تطرأ على ماله بقدر الامكان — انظر مادة (٤٢)

وعند ما يشترى الاب شيئاً من مال ولده لنفسه او يبيع من ماله شيئاً لولده إن دفع الاب ثمن ما اشتراه من ولده فى الحالة الاولى أو أخذ من مال ولده ثمن ما باعه له فالامر ظاهر واما اذا لم يحصل ذلك بل أراد الاب أن يرهن شيئاً من ماله عند ولده بالثمن الذى عليه او اراد ان يرتهن يعني يأخذ

(مادة ٤٢٦) للاب شراء مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده فان اشترى مال ولده فلا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى لولده وصيا يأخذ الثمن من أبيه ثم يرده عليه ليحفظه للصغير وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع حتى لو هلك المبيع قبل التمكن من قبضه حقيقة يهلك على الاب لا على الولد

شيئاً من مال ولده رهنا عنده بثمن ما باعه لولده وفعل صح ذلك الرهن والارتهان وان كان الراهن والمرتهن فى الصورتين واحداً اذ هو الاب فهو مستثنى من قولهم ان الواحد لايتولى طرفي العقد فى الرهن أى لا يكون راهناً ومرتهنا بخلاف الوصى فانه مبقي على الاصل المذكور

واذا كان هذا العقد جائزاً فمن باب اولى يجوز اذا رهن مال ولده عند اجنبي بدين على الولد كما اذا استهلك ولده مالا لغيره وليس عنده نقود يدفع للمالك البدل منها فانه في هذه الحالة يجوز للاب ان يعطى الدائن شيئاً من أموال ولده ليكون رهنا عنده حتى يأخذ بدل ما استهلكه ولده وانما جاز هذا العقد بطريق الاولوية لان العاقد تعدد وهو الاب والدائن بخلاف الاول. وكما يجوز للاب ان يرهن مال ولده بدين على الولد يجوز له ان يرهنه بدين عليه هو لان الاب يملك ايداعه عند غيره والرهن أنظر منه فى حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضمونا عليه بخلاف الوديعة فانها تهلك هلاك الامانة ـ ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجودا عند المرتهن امر الاب بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن من غير تعدّ هلك بالاقل من الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا ان الاب رهن شيئاً من اموال ولده قيمته خمسون جنيها وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الاب ويلزمه دفع هذا المبلغ الى ولده لانه صار قاضياً دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين اكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها اقل من الدين ويضمنها الى ولده ويدفع الزائد الى الدائن وان

كان الدين اربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين اقل من القيمة فى هذه الحالة

ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين الى الراهن لان الزائد امانة وهى لاتضمن الا بالتعدى والموضوع انه هلك من غير تعديه فلا يضمنه ويلزم الاب ان يعطى لولده قدر الدين لا الزيادة

هذا اذا هلك الرهن من غير تعد من المرتهن فلو كان بتعديه ضمن قيمته بالغة مابلغت. ويأتى لك زيادة ايضاح لشرح هذه المادة فى شرح مادة (٤٦١) — فانظره فانه نفيس — انظر مادة [٤٢٧]

وبما ان تصرفات الاب فى مال ولده منوطة بالمصلحة فاذا حضر اليه شخص وطلب منه ان يعطيه شيئاً من مال ولده على سبيل القرض الشرعي بان يكون هذا الشئ من المثليات يستهلكه فى حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله -فلا يجوز له اعطاؤه شيئاً منه لان فيه تعطيلا للاموال بدون استثمار والاب مأمور بتنمية اموال ولده بقدر الامكان وكما انه لا يجوز اقراضه لغيره فكذلك لا يجوز له ان يقترضه لنفسه لما ذكر والوصى كالاب

واما القاضى فيجوز له اقراضه لانه قادر على تخليص مثله فى اى وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقاً بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئاً يشتريه لليتيم بهذا المال يستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة اى

(مادة ٤٢٧) يجوز للاب أن يرهن ماله من ولده وان يرتهن مال ولده من نفسه وله أن يرهن مال ولده بدينه أو بدين نفسه واذا رهنه بدين نفسه فهلك فان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ضمن الاب قدر الدين دون الزيادة

يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذا لم يمكن استثمار المال بأى طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضموناً عليه ويرده في الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضي اخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملكه

واذا لم يجز للاب اقراض مال ولده فمن باب اولى لا تجوز له هبة شيء منه لان الاول عقد معاوضة انتهاء بخلاف الهبة فانها عقد تبرع وهذا ظاهر اذا كانت الهبة بغير عوض اما اذا كانت بعوض تساوى قيمته الشئ الموهوب او اقل منها بيسير جاز ذلك لان الهبة فى هذه الحالة عقد معاوضة كما هو ظاهر فتجوز على رأى

ولما كانت الوديعة والعارية ليستا كالقرض والهبة اجازوهما للاب لان الوديعة هى تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها والعارية هي تمليك المنفعة بغير عوض ولكن يشترط فى جوازها ان لا يخشى ضياع المال ولا اتلافه عند المودع والمستعير ويظهر ان محل جواز اعارة الاب مال ولده اذا لم يجد من يملكه منفعة الشيء في مقابلة اجرة فان وجد فليس له اعارته كما قالوا في اقراض القاضي مال اليتيم — انظر مادة (٤٢٨)

وكما انه يجوز للاب ان يبيع ويرهن ويؤجر مال ولده يجوز له ان يقبل نقل دينه من ذمة المدين الى ذمة غيره ويكون ذلك بعقد الحوالة اذ الحوالة هى نقل الدين والمطالبة من ذمة الى ذمة اخرى

(مادة ٤٢٨) لا يملك الاب اقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه ولا هبة شئ منه ولو بعوض وله اعارته بحيث لم يخش الضياع ولا التلف

فالشخص المدين يقال له محيل والدائن محال ومن التزم بدفع الدين محال عليه والدين محال به فاذا كان للولد دين على شخص وأحال هذا المدين ابا الولد على شخص آخر ليأخذه منهوقبل الاب صحت هذه الحوالة وبرئت ذمة المحيل من الدين براءة مقيدة بسلامة هذا الدين ولكن على التفصيل الذى سيلقى عليك وبيانه

ان الدين الذي يكون للولد اما ان لا يباشر أبوه عقده بنفسه او يباشره فان كان الاول كما اذا باعت ام الولد شيئاً من اموالها لشخص بمائة جنيه مثلا ولم تقبض الثمن حتى توفيت وورث ولدها هذا الدين صحت حوالة الاب متى كان المحال عليه اغنى من المحيل لانه فى فائدة الولد .فلو كان اقل منه فى الثروة أو مثله فلا تصح فيطالب المحيل بهذا الدين وليس له ان يحتج بهذا العقد لانه غير صحيح وهـذا ظاهر فيما اذا كان المحال عليه اقل ثروة من المحيل لانه ان صح ذلك فربما يعود على الولد بالضرر مع ان تصرفات الاب فى اموال ولده منوطة بالمصلحة . واما اذا كان المحال عليه مثل المحيل في الثروة فقالوا ان العقد غير صحيح لعدم الفائدة وهذا المقام قابل للبحث اذ ربما يقال ان المحال عليـه وان كان مثل المحيل فى الثروة او دونه الا انه قد لا يماطل في دفع الحق فتأمل . وان كان الثاني وهو ما اذا كان الاب باشر عقد هذا الدين كما اذا باع شيئاً من اموال ولده لشخص ولم يقبض منه ثمنـه فاحاله على غيره فان هذه الحوالة تصح اذا قبـل الاب ولو كان المحال عليه اقل ثروة من المحيل لانه لو باع هذا الشيء للمحال عليه من اول الامر لجاز ذلك ويظهر ان صحة الحوالة فى هذه الحالة مقيدة بما اذا كان المحال عليه قادراً على دفع الدين والا كان

معرّضاً الاموال الى الضياع وهو لا يجوز وكل ما تقدم من احكام هذا العقد بالنسبة الى الاب يقال بالنسبة الى الوصي — انظر مادة (٤٢٩)

ومتى كان للولد مال فلا يلزم ابوه بشيء من لوازمه بل كل ذلك يكون من ماله اما اذا لم يكن له مال فجميع لوازمه على الاب فاذا اشترى له شيئاً في هذه الحالة ودفع الثمن من ماله وبعد ذلك صار الولد ذا مال فأراد ابوه أن يأخذ منه ثمن ما اشتراه له ففي المقام تفصيل لان الشيء الذي اشتراه له اما ان يكون واجباً عليه كالطعام والكسوة واجرة التعليم واما ان يكون غير واجب كعشرة أفدنة مثلا فان كان الاول فلا رجوع له ولو اشهد انه اشتراه ليرجع بثمنه اذا ايسر ولده لانه قضى شيئاً واجباً عليه فلا يستحق أخذ بدله كالمدين اذا دفع ما عليه

وان كان الثانى فلا يثبت له هذا الحق الا اذا قصد الرجوع واشهد عليه لان الغالب من شفقة الوالد تمليك اولاده شيئاً للبر والصلة لا للرجوع فلو انتفى هذا بالاشهاد ثبت له الحق .والوصي فى ذلك كالاب على رأى بعضهم . وقد اتينا بجميع الآراء فى هذا الموضوع ذاكرين المعول عليه في شرح مادة (٤٦٧) فراجعه — انظر مادة (٤٣٠)

(مادة ٤٢٩) اذا كان للصبي دين لم يباشر أبوه عقده بنفسه فليس له ان يحتال به الا اذا كان المحال عليه أملأ من المحيل لا دونه ولا مثله فان كان أبو الصغير هو الذى باشر عقد الدين بنفسه جاز له أن يقبل الحوالة على من هو مثل المحيل أو دونه في الملاءة والوصى فى ذلك كالاب

(مادة ٤٣٠) اذا اشتري الاب لولده الصغير الفقير شيأ مما هو واجب عليه

والاب ما دام موجوداً فاموال ولده تحت تصرفه اذا لم يكن هناك موجب لنزعها منه وتسليمها لغيره اما اذا مات فتسلم الى من يليه في الولاية على المال وهو وصيه ان اقام وصياً والا فالجد الصحيح ان كان موجوداً فان لم يكن فالقاضي ووصيه . ثم الاب اما ان يبين اموال ولده قبل وفاته او يموت مجهلا لها فان كان الاول بأن بين كل ما يستحقه ولده عنده من نقود وغيرها فاما ان توجد كل الاشياء او لا فان وجدت استلمها ولي الصغير بعينها ليسلمها للصغير بعد بلوغ رشده وان لم توجد اخذ بدلها من تركته قبل القسمة على الورثة . وان كان الثاني وهو ما اذا جهلها فالاشياء التي توجد وهي معروفة أنها للصغير يستحقها والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركة الاب

ولينظر هذا مع قولهم ان الاب امين بالنسبة لمال ولده والامين يضمن بموته مجهلا الامانة كما اذا اودع شخص عند غيره شيئاً ومات المودع غير مبين الوديعة ولم توجد في تركته او استأجر شخص من آخر شيئاً او استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجر والمستعار ولم يوجدا في امواله فان هذه الاشياء تكون مضمونة في تركة المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الدين مقدم على استحقاق الورثة اللهم الا ان يجاب بان الاب وان اشترك مع من ذكروا في ان كلا امين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو ان الاب له ولاية التصرف في اموال الصغير بخلاف من ذكر فيحمل على انه تصرف في الاشياء التي لم توجد وضاع الثمن او اتجر

فليس له الرجوع وان اشترى له شيأ مما لا يجب عليه وقصد بذلك الرجوع رجع ان أشهد

وخسر في التجارة مثلا. ولم أر من قال بضمانه في هذه الحالة — انظر مادة (٤٣١)

وبما أن اموال الاولاد تحت يد الاب فهو الذى يتصرف فيها بما يراه صالحا لهم الى ان يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الاموال لان المانع قد زال ولكن لما كانت الاموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد او تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ماهى عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص او الزيادة لانه قائم مقامهم وكل شئ يدعيه الاب حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه ولان الاموال ملكهم فلهم ان يقروا على مايدعيه وان نازعوه فيما يدعيه بان قال صرفت عليهم في مدة صغرهم خمسمائة جنيه مثلا وعارضوه فى ذلك فان كان الظاهر لا يكذبه بان كانت المدة تحتمل صرف هذا المبلغ صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعى صرفه يزيد عن لوازمهم فى تلك المدة فان ادعى سبباً مقبولا كأن قال اشتريت لهم طعاماً فسرق او كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ماذكر صدق ايضاً ان لم يدع تكرار ذلك مرارا . اما اذا لم يبين سبباً مقبولا فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقى ومثل هذا لو ادعى ضياعه فانه يصدق بيمينه ويظهر ان هذا لابد ان يكون بعد تحرى القاضي — انظر مادة (٤٣٢)

(مادة ٤٣١) اذا مات الاب مجهلا مال ولده فلا يضمن منه شيأ وان مات غير مجهل ماله وكان المال موجودا فله بعد رشده او لوليه اخذه بعينه وان لم يكن موجودا اخذ بدله من تركته

(مادة ٤٣٢) اذا بلغ الولد وطلب ماله من ابيه فادعى ابوه ضياعه او انفاقه عليه

وكما ان الاب يملك بيع مال ولده الصغير والكبير الملحق به لانمائه سواء كان عقاراً او منقولا يجوز له بيعه متى كان هناك احتياج للنفقة سواء كان المحتاج هو الاب او ام الصغير او زوجة الاب او الصغير او اطفال الاب لما له من الولاية . و يظهر ان الجد متي ثبتت له الولاية ملك ماملكه الاب ولكن لا يبيع كل منهما منه الا بمقدار النفقة و يتجدد هذا الحق كلما تجدد الاحتياج واما غيرهما من الاقارب كالام والاخ والعم فليس لهم ذلك لانه لا ولاية لهم على المال وهذا اذا كان الابن صغيراً او كبيراً ملحقاً به كما سبق. فان كان كبيرا عاقلا فاما ان يكون حاضراً او غائباً فان كان الاول فلا يملكان بيع ماله لان ولاية التصرف له فهو الذى يبيع وينفق عليهم. وان كان الثاني قال الامام الاعظم يملك الاب بيع العروض للنفقة لا العقار وقال الصاحبان لا يملك بيع شئ من ماله لان ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيداً الا فيما يبيعه تحصيناً كالوصى وليس في بيعه فى هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا يملك بيعه في دين له عليه سوى النفقة فصار كالام وغيرها من مستحقي النفقة واستدل ابو حنيفة بان للاب ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب كالوصي بل اولي لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله ان ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانه ليس لهم ولاية الحفظ في ماله وبخلاف حال حضرته لان ولاية الحفظ له لا للاب لقدرته عليه . واتفق الكل على ان الاب لو كان له دين

نفقة المثل فى مدة صغره والمدة تحتمله يصدق الاب بيمينه

سوى النفقة على ولده الغائب لم يجز له بيع ماله ليستوفى هذا الدين من ثمنه لان دين النفقة ليس كباقى الديون اذ يترتب على عدمها الهلاك ولذا نصوا على انه لايحبس والد وان علا فى دين عليه لفرعه الا اذا كان دين نفقة — انظر مادة (٤٢٣)

والولاية تنقسم الى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال اما الاولى فتثبت اولا للبنوة ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة فان وجد شخصان من جهة واحدة كالاب والجد الصحيح قدم الاقرب فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قدم الاقوى وهو الشقيق فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة والقوة كابنين او اخوين شقيقين ثبتت الولاية لكل منهما وقد تقدم هذا المقام بما لامزيد عليه فى شرح مادة (٣٥) ومابعدها فراجعه .

واما الثانية فهي المقصودة هنا وهى تثبت لستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وان بعد والجد الصحيح ووصيه وان بعد أيضاً والقاضى ووصيه فمتى كان الاب موجوداً وكان اهلا للولاية فهو احق بالولاية على اموال ولده لوفور شفقته وأصالة رأيه . فاذا مات الاب واقام وصياً مستوفياً للشروط سواء كان قريباً للاب او غير قريب له فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره

(مادة ٤٢٣) يملك الاب لا الام ولا غيرها من سائر الاقارب ولا القاضي بيع عروض ابنه الكبير الغائب لا عقاره وله بيع عروض وعقار ابنه الصغير الغائب وغير المكلف لنفقته ونفقة امه وزوجته وأطفاله وليس للاب أن يبيع مال ولده الغائب صغيرا كان أو كبيرا في دين له عليه سوى النفقة ولا يبيع أ كثر من مقدار النفقة

ولو كان ذلك الغير جداً للاولاد فاذا لم يوص الاب الى احد وكان له اب يمكنه ان يقوم بشؤون التركة فالولاية له فان لم يكن له اب انتقلت الولاية الى القاضي ان شاء تصرف بنفسه وان شاء أقام وصيا وهذا هو الجارى لان القاضي لا يمكنه ان يتولى ادارة جميع اموال الايتام وقال الامام الشافعى الجد احق من وصى الاب لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه ولهذا احرز ميراثه فيقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل الى وصيه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه ولان اختيار الاب الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على ان تصرفه أنظر لاولاده من تصرف الجد — انظر مادة (٤٣٤)

(مادة ٤٣٤) اذا مات الاب فالولاية من بعده على نفس أولاده للجد وعند فقده للاولياء المذكورين في مادة (٣٥) والولاية في مالهم من بعده للوصى الذى اختاره وان لم يكن قريباً له ثم الى وصي وصيه فان مات الاب ولم يوص فالولاية فى مال الصغار والكبار الملحقين بهم الى الجد الصحيح ثم لوصيه ثم لوصي وصيه فان لم يكن الجد ولا وصيه فالولاية للقاضي العام



الكتاب الخامس

(فى الوصى والحجر والهبة والوصية)

« الباب الاول في الوصى وتصرفاته »

الفصل الاول

في اقامة الوصى

اعلم ان الشخص اذا أقام غيره مقامه لينظر في شؤون تركته واولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موصى اليه واذا ملك شخصا شيئا من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له وهذا اصطلاح للفقهاء وان ملك التصرف لشخص حال حياته سمي وكيلا ولا كلام لنا فى اقامة الوكيل وتصرفاته بل موضوعنا خاص بالوصى

فالوصى على العموم هو الشخص الذي أقامه غيره مقامه ليتصرف في تركته بعد وفاته او اقامه القاضى اذا كانت هناك داعية اليه فيؤخذ من هذا التعريف ان الوصى ينقسم الى قسمين الاول من أقامه الشخص حال حياته الثاني من أقامه القاضي فالاول يسمى وصيا مختاراً والثاني يسمى وصى القاضى

الوصي المختار

اذا أقام شخص وصياً فهذا الشخص المقام لا يخلو حاله من احد امور ثلاثة اما ان يقبل فى حياة الوصى واما ان يرد واما ان يسكت فان كان الاول وعلم الموصي بقبوله واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى لزمته هذه

الوصاية فليس له ان يخرج نفسه منها بعد موت الموصى الا اذا كان هناك شرط يجوّز ذلك كما اذا اقامه وصياً على ان يخرج نفسه منها متى شاء او قبل هو بهذا الشرط ورضي به الموصى

والسبب فى ذلك انه اذا قبل فى حياة الموصى واستمر على هذا القبول الى موته فقد فارق الموصى الحياة الدنيا وهو معتمد عليه فليس له ان يخرج نفسه بعد موته للتغرير به وبورثته ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك فلا يكون التغرير حاصلا لعلم الموصي بأن اخراجه نفسه فى اى وقت اراد جائز بمقتضى الشرط فكان يمكنه اقامة غيره اقامة خالية عن هذا الشرط. ولما ذكر لو قبل ذلك الموصى له الوصية في حياة الموصى ثم ردها بعد موته يصح رده لانتفاء التغرير اذ ان النفع بالوصية عائد اليه بخلاف ما معنا فان النفع عائد لغيره — انظر مادة (٤٣٥)

وان كان الثاني وهو ما اذا رد الوصى الوصاية في حياة الموصي فاما ان يكون هذا الرد بغير علم الموصى او بعلمه فان كان الرد بغير علم الموصى بعد ما قبل بعلمه فلا يصح بل يكون الموصي اليه ملزماً بتأدية وظيفته بعد موت الموصى للتغرير من جهة الوصي اذ كان يلزمه والحالة هذه ان يخبر الموصى بأنه رجع عن قبول الوصاية فيختار من يثق به من الاصدقاء الامناء فيعينه وصيا

وان كان الرد بعلم الموصى صح فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصى لانتفاء التغرير اذ يمكنه والحالة هذه ان يوصى الى غيره وليس للوصى في هذه الحالة

(مادة ٤٣٥) من أوصى اليه فقبل الوصاية فى حياة الموصي لزمته وليس له الخروج عنها بعد موت الموصى ما لم يكن جعله وصياً على أن يخرج نفسه منها متى شاء

ان يقبل بعد موت الموصى لانه بالرد لم يبق للايجاب أثر فلا يصح ترتب القبول على شيء غير موجود — انظر مادتي (٤٣٦و٤٣٧)

وان كان الثالث وهو ما اذا سكت الموصي اليه بأن لم يصرح بالقبول ولا عدمه يكون مخيراً بعد موت الموصي بين امرين الاول ان يقبل الوصاية وحينئذ تجرى عليه احكامها الثانى ان يردها وحينئذ لا يلزم بشيء لان التغرير والحالة هذه يكون منتفياً اذ كان فى امكان الموصي قبل وفاته ان يتثبت من الموصى اليه بأخذ رأيه فى القبول او عدمه

فاذا لم يفعل واعتمد على ان يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره فقد قصر فى امره فصار مغتراً من جهته لا مغروراً من جهة الوصى فان قبل الوصى بعد ما رد في هذه الحالة صح هذا القبول ان لم يكن القاضى اخرجه حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضرراً بالميت فاذا انضم اخراج القاضى له لعدم قبوله بطل الايصاء فلا يصح القبول وهذا هو المعول عليه — انظر مادة (٤٣٨)

واقامة الوصى لا تتقيد بلفظ مخصوص بل يصح هذا التفويض بكل

(مادة ٤٣٦) من أوصي اليه فرد الوصاية فى حياة الموصى فان ردها بعلمه صح الرد وان ردها بغير علمه لا يصح

(مادة ٤٣٧) من أوصي اليه فلم يقبل الوصاية فى حياة الموصي بل ردها بعلمه ثم قبل بعد موته لا يصح قبوله

(مادة ٤٣٨) من أوصي اليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصي فله الخيار ان شاء رد الوصاية وان شاء قبلها

لفظ يدل على ان الشخص فوّض لغيره النظر فى شؤون تركته واولاده بعد وفاته كأنت وكيلى بعد موتي.انت وصيي . اسلمت اليك الاولاد بعدموتى . تعهد أولادى بعد وفاتي. قم بلوازمهم بعد موتى . وهكذا من الالفاظ التي تفيد هذا التفويض وكما انه لايشترط فى الايجاب لفظ مخصوص كذلك لايشترط فى القبول لفظ مخصوص بل الشرط ان يأتى الموصى اليه بلفظ يدل على قبوله ما فوّض اليه لان العبرة بالمعاني لا بالالفاظ بل اللفظ غير شرط اذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة — فاذا اقام شخص غيره مقامه وسكت هذا المقام حتي مات المقيم فباع شيئاً من تركته او اشترى للورثة شيئاً من لوازمهم او قضى دينا على الميت من تركته او اخذ ديناً كان للميت عند غيره كان هذا التصرف رضا بالوصاية فيعتبر وصيا بأحد هذه التصرفات او غيرها مما يدل على رضاه بها — وقد نص الفقهاء على ان الوصاية تلزم الوصى بتصرفه فى التركة وان لم يعلم بالايصاء بخلاف الوكيل حيث لايكون وكيلا من غير علم لان التوكيل انابة فى حال قيام ولاية الموكل وهذا لا يصح من غير علم اما الايصاء فبخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كالوراثة كذا قالوا فتأمل

فقد ظهر لك مما تقدم ان الموصى اليه مخير فى أول الامر بين القبول والرد لانه متبرع فى الاعمال التي يتولاها ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله اذ الموصي ليس له ولاية الزامه بالتصرف ولا الزام بلا التزام — انظر مادة (٤٣٩)

(مادة ٤٣٩) قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة فاذا تصرف الموصى اليه ببيع شيء من تركة الموصى أو بشراء شيء يصلح للورثة أو بقضاء دين أو اقتضائه كان تصرفه

واقامة الوصى اما ان تكون غير مقيدة بشيء مخصوص او مقيدة فان كان الاول كما اذا قال له اقمتك وصياً فى جميع شؤون التركة او اقمتك وصياً أو انت وصيي فلا خلاف فى انه يتصرف في جميع أموال التركة بما يخوله حق الايصاء له.

وان كان الثانى بأن اقامه وصياً ليتصرف فى مال مخصوص او ليتولي اجارة الاموال او الزراعة او التجارة له فاما ان يكون المقيم هو القاضى او الاب فان كان الاول فلا خلاف فى انه يتخصص بما خصص به فاذا اقام القاضي وصيا ليقضى دين الميت او يقتضيه اى يأخذ دين الميت الذى على الغير او جعله وصياًفي ما له بمصر مثلا تخصص هذا المأمور بما أمر به فليس له ان يتعداه الى غيره وان كان الثاني وهو الوصى المختار فقال ابو حنيفة لا يتخصص بل يكون وصياً عاماً فاذا قيده بشيء مما ذكر فلا يتقيد وقال ابو يوسف يتخصص الوصى المختار كوصي القاضى

وقالوا فى الفرق بينهما على قول ابى حنيفة ان تنصيب القاضي من ولاية قضاء والقضاء قابل للتخصيص ووصي الاب لايقبله لقيامه مقامه او لان وصى القاضى كالوكيل فيتخصص بخلاف وصى الاب

وبالتأمل نجد ان فى النفس شيئاً من هذا الفرق بل الظاهر التسوية بينهما كما قال ابو يوسف اذ مبنى هذا الفرق على ما يظهر من قولهم بقيامه مقامه أن وصى القاضى لو تصرف فيما امر به يتصرف القاضي فى الباقى او

قبولا للوصاية وصحيحا

يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصي الميت فان الموصي غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص اليه بالتصرف فيه لان الموصي رضيه متصرفاً فى بعض الامور ولم يرض بتصرف غيره فى شئ أصلا فيكون من رضى بتصرفه فى البعض اولى من غيره ولكن لم لايقال ان القاضي يتصرف في الباقي او يأمر غيره بالتصرف فيه اذ الموصي قد يكون له غرض صحيح مسلم لا يقبل النقض لان الناس يختلفون فى التصرفات اذ بعضهم قد يكون له دراية بمعرفة شئ ولايدري فى غيره كالتاجر والمزارع فيكون الموصي قد اقام هذا فيما يصلح له وأراد اختيار غيره للشيء الآخر فادركته منيته قبل الاختيار هذا اذا كان المقام وصياً واحداً فان اقام وصيين كل منهما فى شيء مخصص يكون قد اقام كلا فيما يعرفه فاذا اطلقنا للموصى اليه بشيء مخصص التصرف في جميع شؤون التركة فات غرض الموصي وربما يجاب عما ورد على التعليل الذى قالوه للفرق عند الامام الاعظم بأنه اذا أقام وصيين كل منهما فى شيء مخصوص فليس لأحدهما ان يتصرف الا بملاحظة الآخر واخذ رأيه كما هو رأى الامام وحينئذ لا يفوت غرض الموصي ولكن هذا لا يصلح جواباً فيما لو أقام وصياً واحداً في شيء مخصوص ولذا كان الظاهر قول ابي يوسف وان كان بعض الكتب يقول الفتوى على قول الامام — انظر مادة (٤٤٠)

(مادة ٤٤٠) وصي الميت لا يقبل التخصيص فاذا أوصي اليه في نوع خاص صار وصياً عاماً وكذلك لو أوصي الى أحد بقضاء دينه والى آخر باقتضائه فهما وصيان عامان في كل ماله

ولما كان للشخص ان يتصرف فى ماله حال حياته كان له ان يعطى هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن اراد مادامت الشروط متوفرة فيه فلا يلزم باقامة شخص مخصوص بل له ان يقيم زوجته وصية على اولاده سواء كانوا منها او من غيرها وسواء كان هذا المقام وارثاً او غير وارث فاذا كان للموصي اخ شقيق او لاب وله ابن واقام اخاه وصياً صح هذا الايصاء وان كان الاخ في هذه الحالة غير وارث لانه محجوب بابن الموصى واذا كانت له بنت والمسئلة بحالها صح الايصاء ايضا والاخ في هذه الحالة وارث لان البنت تأخذ النصف بطريق الفرض والاخ يأخذ الباقى بطريق التعصيب ومثل ذلك ما اذا كانت له اولاد وفيهم صغار وكبار فأقام احد الكبار وصيا على الصغار فانه يصح وهو وارث معهم

والوصى هو الذى يتصرف فى التركة بدون مراقبة احد عليه الا من له الولاية العامة وهذا اذا لم يقم الموصي ناظراً مع الوصى فان فعل كان له حق المراقبة فليس للوصى ان يتصرف فى التركة الا باطلاع الناظر ورأيه — انظر مادة(٤٤١)

ومتى اقام الاب وصيا فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جداً للاولاد اى يكون ابا للميت اذ ولاية التصرف للجد فى مال اولاد ابنه مؤخرة عن ولاية وصى الاب -- فاذا لم يوص الاب الى احد وكان له اب يمكنه ان يقوم بشؤون التركة بأن كانت شروط الولاية متوفرة فيه فالولاية

(مادة ٤٤١) تجوز الوصاية الى الزوجة والام وغيرهما من النساء والى أحد الورثة أو غيرهم ويجوز جعل الام أو غيرها مشرفة أي ناظرة على أولاده مع وجود الوصى

له ولا مراقبة لاحد عليه الا ممن له الولاية العامة لان الولاية على اموال الصغار تثبت اولا للاب ثم وصيه ثم وصي وصيه وان بعد ثم الجد الصحيح ثم وصيه الخ ثم القاضي ووصيه

وقد تقدم لنا قريبا في شرح مادة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعي ودليله في تقديم الجد على وصي الاب وعارضناه بدليلنا — انظر مادة (٤٤٢)

ويشترط في الوصي شروط ستة لا بد من وجودها وهي الاسلام والحرية والعقل والامانة وحسن التصرف والبلوغ لان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعاً ليتم به نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى من لم تكن متوفرة فيه هذه الشروط لا يتم هذا النظر

وبيانه ان الايصاء لغير المسلم مخالف لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولا شك في ان الايصاء من باب التولية والشارع حكيم يضع الاشياء في محلها والايصاء لغير الحر مضر بالورثة او فيه قلب للمشروع لانه اما ان يكون مملوكا لغير الموصي او له فان كان الاول فلاشتغاله بخدمة مولاه لا يتمكن من مراعاة صالح الورثة وان كان الثاني ففيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب للمشروع وما ذكر في الثاني على عمومه قول الصاحبين ولكن فرق ابو حنيفة بين ما اذا كانت الورثة كباراً او صغاراً فوافقهما في الاول لا

(مادة ٤٤٢) وصي أبي الصغير أولى من الجد فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصياً من بعده علي ولده الصغير ومات مصراً على ذلك فليس للجد حق في الولاية على مال الصغير فاذا مات أبو الصغير ولم يوص الى أحد وللصغير جد صحيح قادر أمين فالولاية له

الثاني مستدلا بان الرقيق مكلف مستقل بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية لان الصغار وان كانوا ملاكا له لكن لما اقامه ابوهم مقام نفسه صار مستقلا بالتصرف مثله بلا ولاية منع لهم بخلاف الكبار فان لهم ولاية المنع وقد يقال على هذا اذا لم يكن للورثة الصغار ولاية المنع فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والجواب عن ذلك انه اذا ثبت الايصاء فلا تثبت ولاية المنع للقاضي — وفي الايصاء لغير العاقل ضرر بالورثة لعدم اهتدائه الى التصرف النافع لهم — وفي الايصاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة ايضا لقصور نظره في التصرف النافع لهم ولان في الايصاء للخائن وللذي لا يحسن التصرف في المال ضياع حق الورثة . ولانه لا ولاية للمملوك والصغير وغير العاقل ومن لا يحسن التصرف في ماله على نفسهم فاولى ان لا تكون لهم الولاية في مال غيرهم

فان كان الوصي متصفا بكل هذه الاوصاف فبها وان فقد واحدا منها بان أوصي الى صغير او خائن او مبذر في المال بدلهم القاضي بغيرهم لانه نصب ناظراً لمصالح العامة ومصلحة الورثة تقتضي تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة بأن بلغ الصغير وزال وصف الخيانة وارتفعت صفة التبذير فحصل الرشد لم يتعرض لهم القاضي — انظر مادة (٤٤٣)

وبما ان الوصي لم يستفد هذه الولاية الا من قبل الموصي فللموصي عزله من الوصاية واخراجه عنها في أي وقت شاء سواء كان قبل قبوله او بعده وسواء كان الوصي حاضراً او غائباً وان لم يعلم وهذا قول الامام الاعظم وقال ابو

(مادة ٤٤٣) يكون الوصي مسلماً حراً عاقلا بالغا أميناً حسن التصرف فاذا أوصى الميت لغير ذلك فالقاضي يعزله ويستبدله

يوسف يبقى الوصي وصيا فتنفذ جميع تصرفاته الا اذا علم بالعزل ويبنى على هذا الخلاف ان الموصى اذا عزل الوصى حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصى بذلك وتصرف قبل علمه فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الامام وتنفذ على قول ابي يوسف وبالتأمل نجد ان قول ابي يوسف هو الظاهر لانه يترتب على قول الامام ان الوصي ينعزل وان لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة وفي ذلك من التغرير بالغير مالا يخفى اذ الناس عرفوه وصيا وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ماينفي هذا الوصف فاذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الامام فيتضرر هو ومن تعامل معه وهذا غير حاصل على قول ابي يوسف لنفاذ تصرفه قبل علمه بالعزل — انظر مادة (٤٤٤)

والاوصياء ثلاثة الاول عدل كاف والثاني عدل غير كاف والثالث فاسق يخاف منه على المال

فان كان الوصى الذى اختاره الشخص قبل وفاته عدلا كافياً بان كان قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضي عزله فان عزله قال بعضهم ينعزل ويكون القاضى جائراً لان للقاضى سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضى كعزل الميت لو كان حياً — وقال بعضهم لاينعزل لانه متى كان متصفاً بما ذكر يكون فى ابقائه مراعاة الحقين حق الموصي وحق الورثة وهو الغرض من الايصاء الشرعى واختلفت

(مادة ٤٤٤) يجوز للموصى أن يعزل الوصى من الوصاية ويخرجه عنها بعد قبوله ولو في غيبته

عبارتهم فى المختار من هذين القولين والظاهر الثاني لان سطوة القاضي وولايته لايستعملها فى الجور

وان كان عدلا غير كاف بأن كان مأموناً على الاموال ولكن لايمكنه القيام بجميع شؤون التركة وحده فلا يعزله القاضي أيضا بل يضم اليه غيره فابقاؤه لاعتماد الموصى عليه لامانته وصيانته وضم غيره اليه ليزول ضرر عدم كفايته ففي هذه الطريقة مراعاة الحقين ولكن لا بد أن يكون عاجزاً عن القيام بجميع شؤون التركة حقيقة بأن يثبت ذلك بالبينة لا بمجرد اخباره لانه قد يخبر بذلك تخفيفاً على نفسه فلو ضم اليه غيره فى هذه الحالة كان فيه اضرار بالورثة لزيادة الاجر عليهم اللهم الا اذا وجد متبرع وأين هو . ولا يقال ذلك عند اقامة البينة بل يكون الضرر في عدم ضم غيره اليه — فان كان عدلا ولكن لايمكنه ان يقوم بشيء من شؤون التركة أصلا استبدله القاضى بغيره لان المصلحة في ذلك فان عادت قدرته على القيام بالاعمال اعاده وصيا مراعاة لحق الميت والورثة

وان كان الوصي الذى اختاره الميت فاسقاً ويخاف منه على المال عزله القاضى ونصب آخر بدله لان فى ابقائه على الوصية اضراراً بالورثة والميت لا يقدر على عزله فيقوم القاضى مقامه لانه نصب ناظراً لمصالح العامة

فان استمر وصف العدالة بالنسبة للوصى فلا يعزله القاضى ولو اشتكى منه بعض الورثة الا أن يتثبت القاضى من صحة الشكوى وتظهر خيانته وحينئذ يكون له عزله لانه استفاد الولاية من الميت وحيث ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها فليس من النظر ابقاؤه

بعد فواتها ولو كان الموصى حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأن الميت مات ولم يقم وصيا — انظر مادة (٤٤٥)

وصى القاضى

فقد بان لك من هذا انه اذا اقام الاب وصياً متوفرة فيه الشروط ولم يظهر عليه ما يوجب عزله فهو الذى له الولاية على أموال الصغار فان مات الاب ولم يقم وصياً فان كان له اب متوفرة فيه الشروط ثبتت له الولاية فان لم يكن الاب وهو جد الاولاد موجوداً او كان ولكنه غير أهل للولاية انتقلت الى القاضي فله ان يتصرف بنفسه في اموال الصغار وله ان يقيم وصيا لانه نصب ناظراً للمصالح الدينية والدنيوية ولا شك ان مصلحة الصغار في اقامة شخص ينظر فى شؤونهم لانهم لقصر عقولهم لا يهتدون الي مافيه صلاح أحوالهم وهذا الشخص يسمى وصى القاضي

وبما ان اقامة القاضي وصيا منوطة بالاحتياج للمصلحة فليس له ان يقيم وصياً في كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الاب ولم يقم وصياً او كان موجوداً ولكنه غير صالح للولاية فله ان يقيم وصياً في المسائل الآتية :

اولا — اذا كان على الميت دين ولم يوجد وارث يخاصمه الدائن فى اثبات دينه واخذه منه لانه لو لم يقم القاضى وصيا لتضرر الدائن

(مادة ٤٤٥) اذا كان الوصي الذي اختاره الميت عدلا قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضي عزله وان كان عاجزاً عن القيام بها حقيقة يضم اليه غيره وان ظهر للقاضى عجزه أصلا يستبدله وان قدر بعد ذلك يعيده وصياً كما كان . ولا يعزل الوصي بمجرد شكاية الورثة منه او بعضهم وانما يعزل اذا ظهرت خيانته

ثانيا — اذا كان للميت دين على شخص ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدين ويستوفيه لانه لو لم يقم وصيا لتضرر مستحق التركة

ثالثاً — اذا اوصى الميت بشيء من امواله لشخص ولم يجد الموصى له وارثا يثبت الوصية في وجهه اذ بعدم اقامة وصى يتضرر الموصى له فلوكان هناك وارث صالح للمخاصمة فى جميع هذه المسائل فلا حاجة الى اقامة الوصى

رابعاً — اذا كان فى الورثة صغير فيقيم القاضى وصياً يقوم مقامه مع الورثة الكبار ومن باب اولى ما اذا كانت كل الورثة صغاراً

خامساً — اذا كان للصغير مال ورثه عن امه مثلا وله اب ولكنه غير اهل للولاية بان كان مسرفا مبذراً للمال مثلا لان مصلحة الصغير فى اقامة شخص لحفظ امواله من الضياع

سادساً — اذا غاب ابو الصغير غيبة منقطعة بان لم يعرف مكانه ولا حياته ولا وفاته واحتيج الى اثبات حق من الحقوق او حفظ الاموال لان المصلحة فى اقامة الوصى

سابعاً — اذا كانت التركة مديونة وكانت الورثة كباراً وأمروا ببيع شيء من التركة لقضاء الدين او بتسديده من مالهم فلم يمتثلوا لانه لو لم يخوّل هذا الحق للقاضي في هذه الحالة لتضرر الدائنون — انظر مادة (٤٤٦)

(مادة ٤٤٦) اذا لم يكن الميت وصي مختار وكان عليه أوله دين أوفى تركته وصية ولم يوجد وارث لاثبات ذلك وايفائه الدين واستيفائه وتنفيذ الوصية أو كان أحد الورثة صغيراً فللحاكم ان ينصب وصياً. وله ذلك أيضاً اذا كان أبو الصغير مسرفا مبذراً لماله أو احتيج الي اثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة أو تعنت الورثة فى بيع التركة

وقد نص الفقهاء على ان القاضى له ان يقيم شخصاً مقام غيره فى مسائل وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر . فمن هذه المسائل ما اذا كان شخص مديناً لآخر فطالبه بالدين فحلف له ان يعطيه هذا المبلغ فى الوقت الفلانى وجاءه به في الوقت المعين فاختفى الدائن ليوقع عليه اليمين لان فى عدم اقامة الغير اضراراً بالمدين لوقوع اليمين عليه

ومنها مالو كان شخص مديناً فطالبه الدائن بالدين فضمن شخص آخر احضاره له فى وقت معين وشرط انه ان لم يحضره اليه فيه يكون ملزماً بدفع الدين ثم احضره في الوقت المتفق عليه فاختفى الدائن حتى يفوت الوقت لانه لولم يقم الغير لتضرر الكفيل بالنفس لالزامه بالدين المعلق على عدم التسليم في الوقت المعين

ومنها مالو كان المدعى عليه اخرس اصم ولا ولى له

ومنها مالو اسلمت زوجة المجنون الكافر ولا اب له ولا ام ليقضى عليه بالفرقة لانه لو لم يقم شخصاً عنه لتضررت الزوجة التى اسلمت بانتظارها وقتاً غير معلوم لشفاء زوجها المجنون

ومنها مالو ادعى الوصى ديناً على الميت فينصب القاضى وصياً في مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصى فى اثباته

والفروع التى من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها ولكن متى عرفنا السبب فى ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر استغنينا عن سردها

فقد بان لك انه متى اقام الاب وصياً واحداً وكان مستوفياً لكل الشروط

لقضاء ما عليها من الديون

وقادراً على القيام بجميع شؤون التركة فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره اتفاقا فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقف على اجازة غيره واما اذا أقام وصيين او اختارهما قاض واحد فلا يخلو الحال من أحد امور ثلاثة . الاول ان ينص الموصى على الانفراد بان يقول اقمتكما وصيين ولكل منكما ان ينفرد بالتصرف . الثاني ان ينص على الاجتماع بأن يقول اقمتكما وصيين ولا يتصرف احدكما وحده . الثالث ان يطلق بان يقول اقمتكما وصيين فان كان الاول او الثاني اتبع ما نص عليه . وان كان الثالث فقال ابو يوسف ينفرد احدهما بالتصرف وقال الامام الاعظم ومحمد لا ينفرد

وينبنى على هذا انه اذا تصرف أحدهما بدون اخذ رأى الآخر كان تصرفه نافذاً عند أبي يوسف وموقوفا عندهما فان اجازه الوصى الآخر نفذ وان رده بطل . والمختار ان هذا الخلاف جار بينهم سواء كان ايصاؤه لهما بعقد واحد كما اذا قال لهما اقمتكما وصيين أو بعقدين كما اذا قال لو احد قم بلوازم اولادى بعد موتى وقال لآخر بعد ذلك اقمتك وصيا وقال بعضهم الخلاف بينهم فيما اذا اوصى الى كل واحدمنهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع وقال بعضهم الخلاف إنما هو فيما اذا اوصى اليهما بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل منهما بعقد على حدته فينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع . واختلفت عبارات الفقهاء في الارجح من هذه الاقوال والظاهر من كلامهم الاول. واستدل ابو يوسف بان الايصاء من باب الولاية وهي اذا ثبتت لاثنين شرعاً ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالاخوين في مسئلة

الزواج فان لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقا وسبب ذلك ان الايصاء خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب او الجد لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما — واستدل ابو حنيفة ومحمد بان الولاية ثبتت عند الموت فيراعي وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي الواحد لايكون كرأى الاثنين ولم يرض الموصى الا باثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لايثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هناك القرابة وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد

وقد استثنى ابو حنيفة ومحمد من قولهما هذا مسائل او باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذاً بلا توقف على اجازة الآخر ومن تتبع هذه المسائل وجدها لاتخرج عن أصلين الاول المسائل التى يخشى من تأخيرها الضرر الثاني المسائل التي لايحتاج فيها الى الرأى وينبنى على ذلك ان لاحد الوصيين الانفراد اجماعا في المسائل الآتية

اولا — تجهيز الميت لان في التأخير ضرراً ولا يحتاج فيه الى الرأى لان الكفن المسنون والامور الجائزة شرعا فى هذه الحالة معلومة بل عند التأمل نرى ان التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصى ولذا يتملكه الجيران فى الحضر والرفقة فى السفر

ثانيا — الخصومة في حقوق الموصى التى على الغير ولكن الظاهر ان المراد بالخصومة التى ينفرد بها احدهما حضوره فى مجلس القضاء لا رفعه

الدعوى والسير فيها بدون اخذ رأى الآخر اذ هذا مما يحتاج فيه الى الرأي وانما كان الظاهر ما ذكر بدليل انهم عللوا الانفراد فى الخصومة بقولهم لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين فالمتعذر انما هو الاجتماع على ما قالوا لا أخذ الرأى وبدليل انهم نصوا على انه اذا وكل شخص اثنين بعقد واحد لا ينفرد احدهما بالتصرف الا فى مسائل منها الخصومة وقالوا في تعليل الانفراد لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما فى التكلم في مجلس القاضى متعذر لانه يؤدى الى التشويش على القاضي والى الشغب والرأي يحتاج اليه سابقاً على الخصومة . ولما خالف زفر في مسئلة الخصومة وقال لا ينفرد احدهما فيها معللا ذلك بانها محتاجة الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون كرأي الواحد ردوا عليه بقولهم ان المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب اذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفى الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة احدهما ولكن على وجه لا يفوّت فائدة توكيلهما وهذا يكون بان يتناوبا الامر برأيهما وانما ينفرد أحدهما بالتكلم .

فيؤخذ من صريح هذا ما قلناه لما يترتب على غيره من الضرر لأن الغائب ربما يكون اقوى حجة من الحاضر وقد يكون عنده من الادلة فى هذه المسئلة ما ليس موجوداً عند الحاضر فاذا قلنا بصحة الانفراد في هذه المسئلة وانه لا يؤخذ رأي الآخر واقام الخصم الحجة على الحاضر ولم يبد ما عند الغائب لعدم علمه به وحكم بمقتضى هذه الحجة فلا تسمع عليه دعوى بعد ذلك بخصوص

هذه المسئلة وفيه من الاضرار بالورثة مالا يخفى على أحد

ثالثاً — طلب الديون التي للموصى لانه غير محتاج الى الرأي ولكن لا يجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعده الى الحفظ وهو محتاج الى الرأي وقد يقال اذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب اللهم الا ان يقال فائدته الاتفاق مع المدين على احضار الدين فى وقت معين ويخبر صاحبه بالاشتراك معه في استلامه وفي محل حفظه

رابعاً — قضاء الديون الثابتة المطلوبة من الموصى لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ماعليه بان يكون عليه مائة جنيه فيدفع له مثلها فلو اراد ان يعطيه شيئاً آخر فى مقابلة هذا الدين فلا بد من اخذ رأى شريكه فى الولاية لعدم احتياج الاول الى الرأى والاحتياج اليه فى الثانى

خامساً — تنفيذ وصية معينة لفقير معين او لغير فقير فاذا قال أوصيت لفلان بهذا البيت وكانت الوصية نافذة ومستوفية كل الشروط جاز لاحدهما ان يدفع الموصي به الى الموصى له لعدم احتياجه الى الرأى

سادساً — شراء ما لا بد منه للايتام كالطعام والكسوة لان فى التأخير لحوق ضرر بهم وأى ضرر أعظم من هذا اذ ربما يموتون جوعاً او عريا

سابعاً — قبول الهبة للموصى عليه لان في تأخيره خشية الفوات ولعدم احتياجه الى الرأى ولان القبول يملكه كل من كان الطفل فى حجره وان لم يكن وليا ولا وصيا فليس من باب الولاية

ثامناً — اجارة ماله والاجارة وان كان يحتاج فيها الى الرأي لكن ربما يكون فى تأخيرها خشية الفوات ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحققه

ومثله يقال فى تأجير الطفل لعمل — والظاهر ان الاجارة من المسائل التى يحتاج فيها الى الرأى فلا ينفرد أحدهما بها لان الوصيين كناظرى الوقف وقد نص في الاسعاف على انه لاينفرد أحد الناظرين بالاجارة الا اذا وكل أحدهما الآخر

تاسعاً — رد العارية والودائع المعينة فاذا استعار شخص شيئا لينتفع به ومات قبل رده الى صاحبه او اودع شخص عنده شيئا ومات قبل رده وكان له وصيان ملك احدهما اعطاء الوديعة والعارية الى صاحبها لانه لايحتاج فيه الى الرأى فلو احتيج الى الرأى بان كانت الودائع غير معينة اشترط اجتماعهما

عاشراً — رد ما اغتصبه الموصى اى أخذه قهراً عن صاحبه ورد ما اشتراه شراء فاسداً لان كلا منهما غير محتاج الى الرأى

حادى عشر — قسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى لعدم التفاوت بين آحادها فلا تحتاج الى الرأى ولذلك لو كانت الشركة فى القيميات احتيجت القسمة اليه فلا ينفرد أحدهما بها

ثانى عشر — بيع كل مايخشى عليه التلف لان فيه ضرورة لاتخفي

ثالث عشر — جمع الاموال الضائعة لان فى التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من باب الولاية . والفروع فى هذا المقام كثيرة ولكن متى عرفنا الاصلين المتقدمين في أول شرح المادة سهل علينا التفريع عليهما

فظهر من ذلك ان الموصي اما ان ينص على الانفراد او الاجتماع أو

يطلق فان كان الاول او الثانى اتبع شرطه اتفاقاً كمامر وان كان الثالث ففي المسائل التى لايحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر ينفرد أحدهما اتفاقاً أيضاوفى غيرهالا ينفرد عند الامام الاعظم ومحمد وينفرد عندابي يوسف هذا محصل مانصوا عليه

و بقى ان يقال اذا نص على الاجتماع فهل لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في المسائل التى لايحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر والظاهر ان له ذلك لان مواضع الضرورة مستثناة ولان ال[illegible]لا يعمل به الا اذا كان مفيداً ولم أر ذلك منصوصاً فان وجدت نصا صريحا فاعمل به

وكل الاحكام المتقدمة بالنسبة للوصيين تسرى على ناظرى الوقف — انظر مادة (٤٤٧)

وهذا اذا قبل الوصيان الايصاء فى حياة الموصي فما داما حيين فتصرفهما على الخلاف المتقدم ثم ان حضرت الوفاة احدهما فان اوصى الى الآخر فله التصرف فى التركة وحده ولا يحتاج الى نصب القاضى وصياً آخر لان رأى

(مادة ٤٤٧) اذا أقام الميت وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف وان تصرف فلا ينفذ تصرفه الا باذن صاحبه ما عدا الاحوال الآتية. وهى تجهيز الميت. والخصومة فى حقوقه التى على الغير. وطلب الديون المطلوبة له لا قبضها. وقضاء الديون المطلوبة منه بجنس حقه. وتنفيذ وصية معينة لفقير معين. وشراء ما لا بد منه للطفل. وقبول الهبة له. وتأجير الطفل لعمل. واجارة ماله. ورد العارية والودائع المعينة. ورد ما اغتصبه الميت وما اشتراه شراء فاسدا. وقسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى. وبيع ما يخشي عليه التلف. وجمع الاموال الضائعة — وان نص الموصي على الانفراد أو الاجتماع يتبع ما نص عليه

الميت باق حكماً برأي من يخلفه وان اوصى الى غيره وجب اجتماعهما وان لم يوص الى الحي ولا الى غيره نظر القاضي في المسئلة لما له من الولاية العامة فان وجد الباقي قادراً على ادارة جميع شؤون التركة وحده فوض اليه النظر كله وان رآه محتاجا الى من يعاونه ويساعده ضم اليه آخر. وكثير من الفقهاء يقول لا بد من ضم آخر الى الحي عند الكل أما عند من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم اليه القاضي وصياً نظراً للميت عند عجزه واما عند القائل بصحة انفراد احدهما بالتصرف وهو ابو يوسف فلان الحي منهما وان كان يقدر على التصرف ولكن الموصى قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر . وبعضهم يقول متى كان الباقي منهما قادراً على ادارة جميع التركة فلا حاجة الى اقامة آخر عند ابي يوسف وهو الظاهر للاستغناء عنه بقدرة الباقي خصوصاً اذا كان يترتب على اقامة آخر زيادة الاجر التي نحن في غنى عنها نظراً لحق الورثة

ومثل هذا ما اذا اوصى الى اثنين ولم يقبلا في حياته وبعد موته قبل احدهما ولم يقبل الآخر فان القاضي ينظر فان رأى ان القابل كاف وحده اطلق له التصرف والاضم اليه غيره — والوصى هو الذي يحفظ المال دون غيره ولو كان مشرفاً اى ناظراً اقامه الموصى مع الوصي ولكن ليس للوصى ان يتصرف الا بعد اخبار المشرف بما يريده من التصرفات وأخذ رأيه فيها — انظر مادة (٤٤٨)

(مادة ٤٤٨) اذا أوصى الميت الى اثنين ومات فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر

وما دام الوصى موجوداً فهو الذى يتصرف اذا لم يطرأ ما يستوجب عزله فان مات فاذا لم يوص الى غـيره أقام القاضي وصياً وان اوصى الى غيره كان الموصى اليه وصيا فى التركتين اى تركته وتركة موصيه وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنـه لا يكون وصيا في تركة موصيه واستدل بان الموصى الاول فوض الى وصيه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصى الوكيل فانه يكون وصياً فى مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد [illegible] يقتضى مثله الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل فكذا الوصي ليس له ان يوصى في مال من اوصى اليه

ودليلنا ان الوصى تصرف بوصية منتقلة اليـه فيملك الايصاء الى غيره لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولا نسلم انه لم يرض برأى من اوصى اليه الوصى بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به فى ذلك مع علمه بانه لا يعيش أبداً بل تعتريه المنية صار راضياً باضافته الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض اليـه بخلاف الوكيل لان الموكل يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بالتوكيل ولكن هذا الحكم وهو جعل وصي الوصى وصياً فى التركتين

يضم القاضى اليه غيره ان شاء وان شاء أطلق للقابل التصرف ولو جعل الموصى مع الوصي مشرفاً يكون الوصى أولى بامساك المال ثما لا يجوزله التصرف فى شئ بدون علم المشرف ورأيه

ليس على اطلاقه في كل الصور عندنا بل فى بعضها ـ وبيانه ان الوصى عند اقامته وصياً آخر اما ان يبهم بان يقول أقمتك وصياً او يبين بان يقول أقمتك وصياً فى التركتين او فى تركة موصيّ او فى تركتي فان ابهم او بين فقال فى التركتين فهو وصي فيهما اجماعاً وان بين نقال فى تركة موصى كان وصياً بالنسبة اليها بالاجماع أيضاً وان قال أقمتك وصياً في تركتي فقال ابو حنيفة يكون وصيا فيهما ايضا لان تركة موصيه تركته اذ هو يملك التصرف فيها كما كان يملكه فى امواله الخاصة به فالكل تركة له لان اللفظ يتناول التركتين وقال الصاحبان يكون وصيا فى تركته خاصة وهو الظاهر لتبادره الى الذهن عند سماع هذه العبارة لان تركة موصيه ليست تركته اذ لا يملك فيها الا التصرف وقد انتهى بموته

وما تقدم انما هو بالنسبة للوصي المختار واما وصي القاضى فلا يكون وصيه وصيا في التركتين الا اذا كانت الوصاية عامة — انظر مادة[٤٤٩]

﴿ الفصل الثانى ﴾

« في تصرفات الوصى »

اعلم ان الوصي مطالب امام الله وامام القاضى بالمحافظة على أموال الايتام وتنميتها بقدر الامكان لانهم عاجزون عن معرفة مافيه مصلحتهم فيلزمه أن يراعي ماهو مطالب به امام الله الذى يعلم سره ونجواه فلا يلبس على القاضى بشيء لارضاه الله ليتخلص من العقاب الدنيوي لان الله لاتخفي عليه خافية

(مادة ٤٤٩) وصي الوصى المختار وصي في التركتين ولو خصصه بتركته ووصي وصي القاضي وصي فى التركتين أيضاً ان كانت الوصاية عامة

فهو وان نجا في الدنيا فالعقاب الاخروى اشد فيكون دائما على ذكر مما ورد فى الآيات القرآنية (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديداً) يعني يامعاشر الاوصياء ان اخاكم الذى كان معكم فى هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها الى الدار الباقية وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعز شئ عنده فاسلكوا معهم السبيل الذى تودون ان يسلكه هو مع أولادكم لو فارقتم أنتم الدنيا وولى هو أمور أولادكم فاتقوا الله وراقبوه في جميع أعمالكم ولا تقولوا الا الاقوال السديدة الحقة التي تنجيكم عندى فان خالفتم ذلك عاقبتكم عقاباً شديداً فى الدنيا والآخرة (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيراً) فقد بينت لكم الطريق المستقيم لتتبعوه فمن شاء فليتبع ومن شاء فليخالف فكل له جزاء أعددته له يوم أقول (لمن الملك اليوم لله الواحد القهار اليوم تجزى كل نفس بما كسبت لاظلم اليوم)

ويلزمه ان يراعي ماهو مطالب به امام القاضي من الامور الظاهرية التي تبنى عليها الاحكام فلا يرتكب أمراً مخالفاً للشرع الشريف بل يجعل أعماله دائما دائرة على محور ماسنه الفقهاء من التصرفات التي وان كانت كثيرة جداً ولكن من تأمل فيها بعين البصيرة وجدها كلها ترمى لغرض واحد وهو المحافظة على الاموال وتنميتها بقدر الاستطاعة كي يكون ناجياً فى الدارين. فمن هذه التصرفات بيع أموالهم فلا بد من مراعاة صالح القصر عندما يريد الوصي بيع شئ من التركة وهو يختلف باختلاف الشئ المبيع والسبب الحامل على بيعه ومال الورثة —

و بيانه ان التركة اما ان تكون خالية من الدين والوصية او مشغولة بهما

او بأحدهما وعلى كل فاما أن يكون كل الورثة صغاراً أو كلهم كباراً او بعضهم صغيرا وبعضهم كبيراً وان كان فيهم كبير فاما ان يكون حاضراً اوغائباً ولكل من هذه الاحوال حكم يخصه . واليك البيان

فان كانت التركة خالية من الدين والوصيةوالورثة كلهم صغار فاما ان يكون الشيء المراد بيعه منقولا او عقارا فان كان الاول جاز للوصي ان يبيعه بمثل القيمة مراعيا المصلحة في ذلك قال تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) سواء كان للايتام حاجة لثمنه اولا لان حفظ ثمنه أيسر وابقى اذ المنقول يتسارع اليه الفساد غالباً بخلاف النقود فيكون بيعه من باب النظر الى الصغير بما فيه المصلحة فيجوز. هذا اذا كان البيع بمثل القيمة فان كان في البيع غبن بان كان الثمن انقص من القيمة فان كان الغبن يسيراً وهو الذى يدخل تحت تقويم المقومين صح البيع أيضاً وان كان فاحشا وهو الذي لايدخل تحت تقويم المقومين فلا يصح ومثل البيع الشراء فان اشترى شيئاً للايتام فان كان بمثل القيمة او بغبن يسير بان كانت هناك زيادة يسيرة في الثمن صح وان كان بغبن فاحش فلا يصح الشراء بالنسبة لهم لان ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب التصرفات

وان كان الثاني وهو ما اذا كان المبيع عقاراً فاما ان لا يكون هناك مسوغ للبيع اولا فان لم يكن هناك مسوغ فلا يجوز بيعه اصلا لان العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع وان كان هناك مسوغ له جاز بيعه والمسوغ ينحصر في وجود منفعة للصغير او اضطرار الوصي لبيعه لقضاء دين مثلا. والمسوغات هي الآتية

اولا — ان يكون فى بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحـد فى مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بيته الى الشارع العمومي مثلا أو يجعله طريقاً لارضه أو ممر مياه لها او فضاء امام بيته فالبيع فى هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصغير او يمكن الوصى بعد بيعه العقار بضعف قيمته للراغب فيه ان يشترى للصغير عقاراً أنفع من المبيع

ثانياً — ان يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمنه فيبيع الوصى فى هذه الحالة من العقار بقدر ما يفى ثمنـه بالدين المطلوب فان كان فى التركة منقول يفى ثمنه بالدين فلا يجوز للوصى بيع العقار

ثالثاً — اذا كان في التركة وصية مرسـلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيبيع الوصى في هـذه الحالة من العقار بقـدر ما ينفـذ الوصية والوصية المرسلة هي المطلقة وهى التى لم تقيد بجزء من المـال كالربع او الثلث مثلا بأن يقول شخص أوصيت لفلان بألف جنيه من مالى فان الوصية والحالة هذه مطلقة لانها لم تقيد بجزء من المـال ففى هذه الحالة ان كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المـال ولم يكن فى التركة نقود يدفع الوصى منها الموصى به ولم تكن هناك عروض تباع ويدفع المبلغ من ثمنها جاز للوصى ان يبيع من العقار ما يساوى ثمنه المبلغ الموصى به ويدفع الثمن الى الموصي له لان الوصى مضطر الى البيع والحالة هذه بخلاف ما اذا كانت الوصية مقيدة بجزء من المـال فليست له ولاية بيع العقار لان الموصى له فى هذه الحالة شريك الورثة والوصي هو المتصرف فيقاسمه فى أعيان التركة ويعطيه ما يستحقه منها سواء كان أقل من الثلث أو الثلث. وهذا المسوغ والذى قبله وان كانا خارجين من أصل

الموضوع اذهوخلو التركةعن الدين والوصية الا أنه قصد الاتيان بالمسوغات في حد ذاتها

رابعاً — ان يكون اليتيم محتاجاً الى النفقة وليس في التركة نقود يشترى له منها ما ينفقه عليه وليس فيها عروض أيضاً حتى تباع ويشترى له بثمنها ماهو محتاج اليه للنفقة فى هذه الحالة يبيع الوصي من العقار بقدرما ينفق على الصغير من ثمنه ويتجدد البيع بتجدد الاحتياج لان الوصي مضطر الى البيع للانفاق الذى فيه حياة الصغير

خامسا — ان تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصي يباشر زراعة ارض للصغير ويصرف عليها ما تحتاج اليه الزراعة وبعد حصد الزرع لا يفي ثمن محصوله بالمصاريف التى صرفت عليه والخراج الذى يؤخذ على الارض اوكان لا يباشر زراعتها ولكنه يؤجرها واجرتها لا تفي بخراجها وما يطلب من الضرائب الاخرى وليس هناك من يسمع شكواه فى معاينة الارض وتقدير الخراج المناسب لهافله حينئذ ولاية البيع لمنفعة الصغير اذ في ابقاء العقار بهذه الحالة ضرر

سادسا — ان يكون العقار داراً او حانوتا آيلا الى الخراب فان المصلحة فى هذه الحالة تكون في بيعه خوفا من ان ينقض ولكن يظهر انهذا مقيد بما اذا لم يكن عند الوصى نقود للصغير تمكنه من ترميم الدار اوالحانوت واستغلالهما فان امكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم ان ولايته نظرية والنظر في ابقاء العقار بهذه الكيفية لا فى بيعه لانه من أنفس الاموال

سابعاً — ان يخاف الوصي على العقار من متسلط جائر ذى شوكة عليه

ونزعه من تحت يده ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأي طريقة كانت والظاهر ان مجرد الخوف بل ولا التحقق من أخـذه لا يكون مسوغا للبيع — ولا يشترط في غير المسوغ الاول ان يكون الثمن أزيد من القيمة فيصح بمثل القيمة بل و بالغبن اليسير

فقد ظهر ان بيع الوصي عقار الصغير بمسوغ جائز فان باعه بدون مسوغ فالبيع باطل اصلا فاذا بلغ الصغير وأجازه فلا تصح هذه الاجازة بل يرد البيع لان الاجازة لا تلحق الباطل وانما تلحق العقد الموقوف . وحيث ان العقار هو ما لا تمكن نقله وتحويله من محل الى آخر والمنقول بخلافه فحينئذ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الارض القائم عليها من المنقولات فيجوز للوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة — والذى يظهر ان هذا ليس على اطلاقه اذ كيف يسوغ للوصى اذا كان للصغير بيت يستغله وبناؤه متين ان يبيع البناء ويترك الارض بدونه أو يبنيها من مال الصغير بعد هدم المشترى البناء واخذه أنقاضه اوكيف يسوغ له اذا كانت له أشجار مثمرة ذات ايراد بيعها اذ المقبول والمعقول ان البيع في مثل هذه الاحوال لايجوز لان ولاية الوصي نظرية ولا نظر في مثلها فلا بد من مراعاة الظروف والاحوال . وهذا اذا كان البيع والشراء لغير الوصي وكان ذلك الغير أجنبياً منه ومن الوصي فان كان لنفسه او لغير اجنبي منه فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالي في شرح مادة (٤٥٦) وما بعدها انظر مادة (١٥٠)

(مادة ٤٥٠) اذا كانت التركة خالية عن الدين والوصية والورثة كلهم صغار يجوز

وان كانت التركة غير مشغولة بالدين او بالوصية ايضاً بان كانت خالية منهما والورثة كلهم كبار فاما أن يكون الكل حضوراً او الكل غيباً او بعضهم حاضراً وبعضهم غائباً فان كانوا كلهم حاضرين فليس للوصى ولاية بيع شيء من التركة الا بأمرهم ورضاهم لانهم والحالة هذه تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم فان أذنوه فى تصرف من التصرفات جاز والا فلا وانما له طلب ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة لان هذا من باب اعانتهم على ايصال الحقوق اليهم — والظاهر ان هذا لا يكون الا برضاهم أيضا فلو نهوه عن ذلك فليس له قبض حقوقهم . وان كانوا كلهم غائبين فللوصى ان يبيع العروض ويحفظ ثمنها وأما العقار فليست له ولاية بيعه لان الوصى قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت اليه

للوصي أن يتصرف فى كل المنقولات ببيعها ولو بيسير الغبن وان لم يكن للايتام حاجة لثمنها. وليس له ان يبيع عقار الصغير الا بمسوغ من المسوّغات الشرعية الآتية. وهى ان يكون فى بيعه خير لليتيم بان يبيعه لرغبة فيه بضعف قيمته . او يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمنه فيباع منه بقدر الدين. او يكون في التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيباع من العقار بقدر ما ينفذ الوصية. او يكون اليتيم محتاجاً الى ثمنه للنفقة عليه فيباع ولو بمثل القيمة او بيسير الغبن .او تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته. او يكون العقار داراً اوحانوتاً آيلا الى الخراب فيباع خوفاً من ان ينقض. او يخاف عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه. فان باع الوصى عقار الصغير بدون مسوغ من هذه المسوغات فالبيع باطل ولا تلحقه الاجازة بعد بلوغ اليتيم ه والشجر والنخيل والبناء دون العرصة معدودة من المنقولات لا من العقارات فللوصى بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة

ولاية الاب وهو الوصي لانه مأمور بحفظ التركة وبيع المنقول من باب الحفظ لانه مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر وأبقى بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف فمن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار ولذا قالوا لو تحقق الوصي من هلاك عقار الغائب جاز له بيعه لانه من باب الحفظ وهذا هو الظاهر من كلامهم وان كانت الآراء متشعبة في هذا الموضوع

وان كان بعضهم حاضرا وبعضهم غائباً فما عليك الا مراعاة الاحكام التي تقدمت فأجر حكم ما اذا كان الكل حضورا على البعض الحاضر وحكم ما اذا كان الكل غيبًا على البعض الغائب -- انظر مادة (٤٥١)

وان كانت التركة خالية عن الدين والوصية ولكن كان بعض الورثة صغارا وبعضهم كبارا فاتبع الاحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين وأجر حكم ما اذا كانت كل الورثة صغارا على البعض الصغير وحكم ما اذا كانت كل الورثة كبارا على البعض الكبير سواء كان حاضراً أو غائباً أو البعض حاضراً والبعض غائباً فان الاحكام لا تختلف — انظر مادة (٤٥٢)

(مادة ٤٥١) اذا كانت التركة غير مشغولة بالدين او الوصية وكان الورثة كلهم كباراً حضوراً فليس للوصي بيع شيء من التركة بلا امرهم وانما له اقتضاء ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة . فان كان الورثة كلهم كباراً غيباً فللوصي ان يبيع العروض ويحفظ ثمنها دون العقار وكذلك ان كانوا كلهم كباراً وبعضهم حاضر والبعض الآخر غائب فليس له الا بيع نصيب الغائب من العروض وأما العقار فلا يباع الا لدين

(مادة ٤٥٢) اذا لم يكن على الميت دين ولا وصية وكان بعض الورثة صغارا

واذا كانت التركة مشغولة بالدين او بالوصية والورثة كلهم صغار فان كان الدين مستغرقا لجميع التركة ثبتت له ولاية بيعها كلها من منقول وعقار ولو بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقا لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا به من جهة الموصي ولان وجود الدين من مسوغات بيع العقار . وان كان الدين غير مستغرق للتركة ثبتت له ولاية بيع المنقول ولو زاد ثمنه عن الدين واما العقار فلا يبيع منه الا المقدار المشغول بالدين عند الصاحبين لان جواز البيع هنا للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز وقال ابو حنيفة له ان يبيع كل العقار فى هذه الحالة ايضا لان الولاية هنا بسبب الوصاية وهى لا تتجزأ فمن ثبتت له الولاية فى بيع البعض ثبتت له في الباقي — والمعول عليه مذهب الصاحبين

ومثل الدين الوصية فله ان يبيع من العقار بقدر النافذ منها ان لم تكن هناك نقود ولا منقول تنفذ الوصية من ثمنه . وهذا اذا كانت الوصية مرسلة فان كانت مقيدة بشئ كثلث ارض كذا او البيت الفلانى وكان يخرج من ثلث التركة سلم الوصي الموصي له الموصي به بلا حاجة الى البيع لاجل الوصية

وان كان بعض الورثة صغيرا وبعضهم كبيرا ولكنه غائب او كان الكل كبارا وهم غائبون كان الحكم كما تقدم بالنسبة لبيع المنقول والعقار

وان كان كل الورثة كبارا ولكنهم حضور رشد كانت ولاية تسديد الدين وتنفيذ الوصية لهم لا للوصى فان امتثلوا وقاموا بهذا الواجب فبها

والبعض كبارا فللوصي ولاية بيع العروض والعقار على الصغار باحد المسوغات دون الكبار الا اذا كانوا غيباً فله بيع حصتهم من العروض دون العقار

سواء كان ذلك من التركة او من مالهم وان امتنعوا ثبتت هذه الولاية للوصى فله ان يبيع الكل او البعض على حسب الحاجة

وان كان الكل كباراً ولكن بعضهم حاضر والبعض غائب كان الحكم بالنسبة لكل منهم ماتقدم وفى كل موضع تثبت فيه ولاية البيع للوصى لا يبيع من العقار شيئاً الا اذا كانت النقود الموجودة أو ثمن المنقول لا يفى بالمطلوب لان المصلحة فى ذلك ومع هذا فلا يبيع كل العقار بل بقدر ماشغل بالدين او بالوصية — انظر مادة (٤٥٣)

وعند ماتثبت الولاية للجد الصحيح على أولاد ابنه فلا يملك مايملكه وصي الاب لان وصي الاب يملك بيع المنقول مطلقا أى سواء كان للايتام حاجة لثمنه أولا وسواء كان هناك دين أولا ويملك بيع العقار لقضاء الدين عن الميت او عن الايتام وأما الجد فليس له ان يبيع المنقول او العقار لقضاء الدين عن الميت وانما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدين عن الايتام ومثل الجد وصيه ولكن يقال اذا كان شخص دائنا للميت او كان الميت اوصى لشخص

(مادة ٤٥٣) اذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية ولا نقود فيها ولم تنفذ الورثة الوصية ولم يقضوا الدين من مالهم يجوز للوصى ان كانت التركة مستغرقة بالدين أن يبيعها كلها من منقول وعقار وان لم تكن التركة مستغرقة بالدين ولا نقود فيها لقضائه او لتنفيذ الوصية فله أن يبيع منها فى الدين بقدر ادائه كله وفى الوصية بقدر النافذ منها سواء شاءت الورثة أو أبوا . ينبغى للوصى ان يبتدئ ببيع المنقول ويؤدى الدين وينفذ الوصية من ثمنه فان لم يف ثمنه بذلك يبيع من العقار بقدر الباقي وليس له أن يبيع مازاد على الدين أو الوصية

بشيء من أمواله وكان الجد هو المتولى أمور التركة فما يصنع الدائن والموصى له نقول يرفع كل منهم الامر الى القاضي ليبيع لهم او يأمر من يبيع من التركة بقدر قضاء الديون وتنفيذ الوصية وهذا قول الامام الاعظم وقال محمد الجد قائم مقام الاب فيما يملكه من التصرفات فقد جعل ابو حنيفة الجد الصحيح انزل من وصي الاب بالنسبة للتصرفات وجعله محمد أرقى منه لان الاب يملك مالا يملك وصيه ولم ار توجيه كل من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب وكلما اردت توجيه قول الامام بشيء وجدته معترضاً ولكن قول محمد يمكن توجيهه لان كلا من وصى الاب والجد يشتركان فى ثبوت الولاية على أموال الايتام والجد عنده من الشفقة على أولاد ابنه ماليس موجوداً عند الوصى فيكون ارقى منه فى التصرفات نعم ان وصى الاب وان كان مقدماً على الجد ولكن ليس الكلام في التصرف عند اجتماعهما لان الجد لا يتصرف أصلا فى هذه الحالة بل الكلام عند ثبوت الولاية للجد — فانظر لعلك تأتى بتوجيه لا يعترض عليه وبعضهم يقول يفتي بقول الامام ولكن الظاهر مذهب محمد .
انظر مادة (٤٥٤)

والوصى الذى له ولاية بيع اموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصى الاب واما وصى الام فله أحكام تخصه — وبيانها ان الاموال المملوكة للصغير اما ان تكون موروثة له عن أمه أولا وعلى كل فاما ان يكون للصغير اب او جد

(مادة ٤٥٤) ليس للجد الصحيح ولا لوصيه بيع العقار ولا العروض لقضاء الدين عن الميت ولا لتنفيذ الوصية وانما له بيعها لقضاء الدين عن الايتام ويرفع الغرماء أمرهم الى القاضي ليبيع لهم من التركة بقدر ديونهم وكذا الموصى لهم

او وصي من قبل واحد منهما اولا واليك احكام كل . فاذا ماتت الام وأقامت وصيا على اولادها فليس له ان يتصرف في أموالهم التى ليست موروثة لهم عن امهم مطلقا اى سواء كان لهم اب او جد او وصى من قبل واحد منهما اولا بل ان كان احدهم موجوداً فهو الذى يتصرف وان لم يكن موجوداً فالولاية للقاضى فان شاء باشر التصرفات بنفسه وان شاء اقام وصيا

واما الاموال الموروثة لهم من قبل امهم فان كان واحد من المذكورين موجودا فليس لوصى الام ان يتصرف ايضا وان لم يكن موجوداً ثبتت له ولاية بيع المنقول لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ لان الغالب عليه الهلاك وحفظ ثمنه أيسر وابقى فيملك بيعه وأما العقار فليست له ولاية بيعه الا اذا كان على الام دين او أوصت بوصية ولا نقود فى التركة لسداد الدين وتنفيذ الوصية وليس فيها منقول أيضا ليباع ويسدد الدين وتنفذ الوصية من ثمنه فله فى هذه الحالة ان يبيع من العقار بقدر ما يسدد الدين وينفذ الوصية ومثل البيع الشراء ولكن لا يشترى لهم الا الاشياء الضرورية التى لا يمكنهم الاستغناء عنها — ومثل وصى الام فى جميع ماذكر وصى الاخ والعم وغيرهما من الاقارب غير الاب والجد والفرق بين وصي الاب ووصي الام ان الاب له الولاية على أموال أولاده فكذا من قام مقامه وهو وصيه ووصى الام قائم مقامها وهى حال حياتها لا تملك بيع مايملكه الصغير سواء كان عقاراً او منقولا وسواء كان خاليا عن الدين والوصية او مشغولا بهما او بأحدهما فكذلك وصيها — وهذا ظاهر بالنسبة للاموال التي ملكها الصغير من غير امه واما ماورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول اذا لم يكن

هناك اب او جد او وصى من قبل واحد منهما لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ فيملكه واما العقار فهو محفوظ بنفسه فلا تثبت له ولاية بيعه اذا لم يكن على التركة دين او فيها وصية أما اذا كان دين ولم يوجد من يسدده فان كان مستغرقا فله ولاية بيع الكل وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين وبقدر النافذ من الوصية ويدخل بيع العقار تحت ولايته فى هذه الحالة لانه طريق قضاء الدين وتنفيذ الوصية وكل منهما داخل تحت ولايته وهذا السبب بعينه هو السبب بالنسبة لوصى الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير فى المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه فيه

وأما من يعول الصغير ويكفله بان مات شخص له اولاد ولم يقم وصياً ولم يرفع الامر الى القاضى ليقيم وصياً فتولى أمورهم شخص بلا ولاية شرعية فهذا الشخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود احد المسوغات الشرعية لبيعه وكذلك بيع المنقول فليس له ان يبيع منه الا ماهو محتاج لثمنه ليشترى به الاشياء الضرورية لهم — انظر مادة (٤٥٥)

وبما ان تصرفات الوصى فى مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله ان يتجر بمال اليتيم لليتيم لان هذا اصلح له اذ لا فائدة في ابقاء الاموال بدون استثمار فله استثمارها بالتجارة بان يتجر فيها بنفسه أو يعطيها لغيره مضاربة او بضاعة او يشارك غيره ويدفع رأس مال الشركة من اموال اليتيم لان هذه

(مادة ٤٥٥) ليس لوصى الام أن يتصرف فى شئ مما ورثه الصغير من تركة غير تركة أمه سواء كان عقاراً او منقولا مشغولا بالدين او خالياً عنه كما لا يتصرف فيما ورثه الصغير من أمه اذا كان له أب أو جد حاضر أو وصي من قبلهما فاذا لم يكن

التصرفات وما يماثلها فيها خير للصغير والوصي له ان يفعل كل مافيه خير بالنسبة له ولكن ليس له ان يتجر فى اموال اليتيم لنفسه والمعول عليه في هذا الزمان ان الوصى ليس له ان يأخذ اموال الصغير مضاربة فان فعل وربح ضمن المال الذي اخذه فقط ولا يطيب له الربح فيتصدق به عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق بشيء وهو ظاهر — انظر مادة [٤٥٦]

وعند ما يبيع الوصي مال اليتيم لا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يبيعه لغيره الثاني ان يبيعه لنفسه وعلى كل فاما أن يكون المبيع عقاراً أو منقولا فان كان لغيره فاما ان يكون ذلك الغير أجنبياً من الوصي والموصى أو ليس أجنبياً منهما والمراد بكونه اجنبياً من الموصي ان يكون غير وارث له وبكونه اجنبياً من الوصى انلا تقبل شهادته له وعلى كل من هذه الاحوال فاما ان يكون الوصى وصياً مختاراً او وصى القاضي وكل من الوصيين له احكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الاحوال – وبيانه أنه ان باع الوصى المختار لغيره وكان ذلك الغير اجنبياً منه ومن الموصى وكان المبيع منقولا جاز البيع

للصغير أب ولا جد ولا وصي من جهتهما جاز تصرف وصي الام في تركتها ببيع المنقول وحفظ ثمنه وشراء مالا بد للصغير منه خاصة وليس له بيع العقار مالم يكن عليها ديون أو أوصت بوصية فان وصيها يملك بيع العقار المشغول بالدين أو الوصية لاداء الدين وتنفيذ الوصية . ومثل وصي الام من يعول الصغير ويكفله فليس له بيع عقاره ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية وانما له بيع ما لابد منه لحاجته من المنقولات وشراء ما لابد له منه

(مادة ٤٥٦) يجوز للوصى ان يتجر بمال اليتيم لليتيم تنمية له وتكثيرا وان يعمل كل مافيه خير له وليس له ان يتجر لنفسه بمال اليتيم

اتفاقاً سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير لانه لا يستغنى عنه فى المعاملات ففى اعتباره سد لباب التصرفات وان كان الغبن فاحشاً فلا يصح البيع لان ولاية الوصى نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش . وان كان المبيع عقاراً فلا يصح البيع الا اذا كان هناك مسوغ من المسوغات الشرعية المذكورة فى مادة (٤٥٠)

وان باع لغير اجنبي منه ومن الموصي بان باع لابيه او ابنه مثلا او لوارث الموصى قال الامام الاعظم لا يصح هذا البيع الا بالخيرية فلو كان بمثل القيمة لم يصح وقال الصاحبان يصح البيع اذا كان بمثل القيمة لان الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهى تنتفى بما ذكر فالغبن اليسير لا يغتفر هنا بالاجماع — وهذا بالنسبة للمنقول واما العقار فلا بد من مسوغ شرعى لبيعه. ومثل البيع فيما ذكر من الاحكام الشراء فللوصى المختار ان يشترى للصغير شيئاً من اجنبي سواء كان بمثل القيمة او بغبن يسير فلو كان فيه غبن فاحش لم ينفذ على الصغير فان اشترى من غير اجنبي منه ومن الموصي فعلى الخلاف المتقدم بين الامام وصاحبيه فى البيع — ولا يخفى ان الغبن فى حالة الشراء يكون زيادة في الثمن وفى البيع يكون نقصاً منه والفرق بين الغبن اليسير والفاحش ان الغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش

وكل هذه الاحكام بالنسبة للوصى المختار أما وصي القاضى فلا يجوز له ان يبيع شيئاً من اموال اليتيم لمن لا تقبل شهادته له لانه وكيل القاضى ففعله كفعل الموكل وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لمن لا تقبل شهادته له

ومثل البيع الشراء — انظر مادة [٤٥٧]

وان باع الوصي المختار لنفسه شيئاً من اموال اليتيم صح هذا البيع عند الامام ولكن تشترط الخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما ان يكون عقاراً او منقولا فان كان عقاراً فالخيرية التضعيف فلابد ان يشترى ما يساوى خمسين بمائة وان كان منقولا فالخيرية فيه زيادة الثلث بالنسبة للكل فلو كان يساوى عشرة واشتراه بخمسة عشر فبها والا فلا يصح

ومثل البيع فى الاحكام المذكورة الشراء لليتيم من امواله فاذا اشترى الوصى المختار لليتيم شيئاً من أموال نفسه فلا يصح هذا الشراء الا بالخيرية وهى هنا تكون نقصاً فى الثمن وهي بالنسبة للعقار أن يبيعه له بنصف القيمة وفى المنقول بثلثى قيمته فلو كان يساوى خمسة عشر وباعه له بعشرة فبها والا فلا يصح

وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وان لم تكن على الثلثين والثلث فاذا اشتري ما يساوى ثمانية بعشرة او باع ما يساوى عشرة بثمانية كان هذا العقد صحيحا نافذا وهو وجيه اذ الغرض من وجود الخيرية فى هذا العقد نفي الشبهة عن الوصي وهي تحصل بما ذكر فلا يشترط فيها نقص الثلث اوزيادته

(مادة ٤٥٧) يصح بيع الوصى مال اليتيم غير العقار لاجنبى منه ومن الميت بمثل القيمة و بيسير الغبن لا بفاحشه وكذا شراؤه مال الاجنبي منهما عقاراً أو منقولا لليتيم بما ذكر لا بفاحشه . ولا يصح بيع وصى الاب لمن لا تقبل شهادته له ولا لوارث الميت الا بالخيرية الآتي بيانها فى العقار وغيره فلو كان وصى القاضى لم يجز لمن لا تقبل شهادته له كما لا يجوز لنفسه

وان كان وصى القاضى فلا يجوز بيعه شيئاً من اموال اليتيم لنفسه ولا شراؤه شيئاً من امواله لليتيم ولو بالخيرية لانه وكيل عن القاضى ففعله كفعله وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضي لنفسه — انظر مادة (٤٥٩)

وعند ما يبيع الوصى مال اليتيم لا يشترط ان يكون الثمن معجلا بل يجوز ان يكون نسيئة اى مؤجلا الى وقت معلوم ولكن يشترط ان لا يكون الاجل طويلا لان فيه تضييع فائدة اموال اليتيم في هذه المدة بخلاف المدة القصيرة فان التجارة لا تستغنى عنها ويشترط ايضاً ان يكون المشترى قادرا على دفع الثمن ولا يخشى منه الانكار والامتناع عن الدفع عند حلول الاجل لان تصرفات الوصي نظرية والنظر فيما ذكر لا في غيره — انظر مادة (٤٥٨)

واذا كان على الوصى دين فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم فان فعل يكون ضامنا بلا شك واذا حضر اليه شخص وطلب منه ان يعطيه شيئاً من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعي بأن يأخذ منه شيئا من المثليات يستهلكه فى حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له اعطاؤه شيئا منه لان فيه

(مادة ٤٥٩) يجوز لوصى الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم وان يشتري لنفسه مال اليتيم ان كان فيه خير والخيرية فى العقار فى الشراء التضعيف وفى البيع التنصيف وفي غير العقار أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير — ولا يجوز لوصى القاضى ان يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ولا ان يبيع مال نفسه لليتيم مطلقاً

(مادة ٤٥٨) يجوز للوصى ان يبيع مال اليتيم من أجنبي نسيئة بشرط ان لا يكون الاجل فاحشاً وان يكون المشترى لا يخشى منه الجحود والامتناع عن الدفع عند حلول الاجل

تعطيلا للاموال بدون استثمار والوصى مأمور بتنمية اموال اليتيم ولكن لما كان القرض لا يكون الا لمحتاج لان الظاهر ان الشخص لا يطلب من غيره شيئا الا اذا كان محتاجا اليه حث الشارع عليه في مواضع كثيرة ولذا قال الفقهاء ان الوصى وان كان لا يجوز له اقراض مال اليتيم لكنه لو فعل ذلك لا يعد خائنا فلا يعزل من الوصاية ويكون ضامنا لما أقرضه

واما القاضى فيجوز له ذلك لانه قادر على تخليص مثله فى اى وقت اراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقا بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئاً موافقا يشتريه لليتيم بهذا المال ويستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة اى يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذالم يمكنه استثمار المال بأى طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضمونا عليه ويرده فى الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضي اخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملك الاقراض والمعول عليه ان الاب كالوصى لا كالقاضى فلا يجوز له اقراض مال ولده وكما لا يجوز للوصى اقراض مال اليتيم لغيره كذلك لا يجوز له اخذه قرضا لنفسه فلو اخذه كان ضامنا لما اخذ لانه صار مستهلكا للاموال فيضمن مثلها لصاحبها وقال محمد أرجو انه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء فلا بأس به

واذا كان على الوصى دين لليتيم بان اشتري شيئاً من اموال اليتيم لنفسه وكان في هذا الشراء نفع للصغير او استهلك شيئاً من امواله فلا يصح ان يرهن شيئا من اموال نفسه عند اليتيم بالدين الذى عليه ويبنى على ذلك أنه لو فعل

وهلاك الشيء الذى رهنه لم يسقط شيء من دين اليتيم بل هو باق على الوصى فيطالب به

ومثل هذا ما اذا كان على اليتيم دين للوصي بان باع له الوصي شيئا من املاكه وكان فى البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه او اشتري له شيئاً من اجنبي ودفع الثمن من مال نفسه وأشهد على الرجوع فلا يصح ان يأخذ شيئا من اموال اليتيم يرتهنه عنده بهذا الدين وليس الاب كالوصى فى ذلك فله ان يرهن ماله عند ولده بدين عليه له وله ان يرتهن مال ولده اذا كان على الولد دين له وقالوا فى الفرق بينهما ان الاصل ان الواحد لا يتولى طرفي العقد فى الرهن اي لايكون راهنا ومرتهنا لكنا تركنا ذلك فى الاب لوفور شفقته فنزل منزلة شخصين ونزلت عبارته منزلة عبارتين بخلاف الوصي فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة

وبما ان المانع من رهن مال اليتيم عند الوصى عدم جواز تعدد العاقد فحينئذ يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره سواء كان هذا الدين على الميت او على اليتيم او على الوصى فاذا مات شخص مدين لغيره واقام وصيا على اولاده فلهذا الوصى ان يرهن شيئا من اموال الايتام عند دائن الموصى

وكذلك لو اتجر لليتيم او اذن له بالتجارة فركبته ديون او اشترى الوصى له شيئاً ولم يدفع ثمنه كان الدين على اليتيم وان كان الوصي هو المطالب به فله ان يرهن شيئاً عند الدائن من مال اليتيم لان الاولى له التجارة فى مال اليتيم تثميراً له فلم يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء وكل منهما جائز وكذلك لو استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعاً

لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز

وكما يجوز للوصي ان يرهن مال اليتيم بدين على الميت او اليتيم يجوز له ان يرهنه بدين عليه هو عند الامام الاعظم ومحمد لانه يملك ايداعه عند غيره والرهن أنظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضمونا عليه والوديعة أمانة وقال ابو يوسف وزفر لا يجوز وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء يعني انه لايجوز للوصي ان يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز له ان يرهنه به واجاب الامام ومحمد عن هذا بان هناك فرقا بين حقيقة الايفاء والرهن لان في الاول ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الثاني نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فوضح الفرق وقالوا ان الظاهر مذهب الامام وان الخلاف في هذه المسئلة مبني على خلاف آخر وهو أنه اذا باع الوصي مال الصغير من دائنه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ الوصي الثمن من المشتري ويأخذ المشتري دينه من الوصي وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باع الشيء الموكل ببيعه من دائنه فعندهما تقع المقاصة بنفس العقد ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تحصل المقاصة لانه اذا كان لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي بطريق البيع فكذلك لا يملكه بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع مالك بطريق الرهن ايضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري. والخلاف المتقدم بالنسبة للوصي جار في الاب

ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيها لان هناك فرقا بين ايداع مال اليتيم ورهنه اذ المودع له ان يسترد الوديعة فى اى وقت شاء بدون ان يلزم بشئ بخلاف الراهن فليس له ان يسترد الرهن من المرتهن الا بعد سداد الدين فلو رهن الوصى مال اليتيم عند دائنه واراد استرداده كان للمرتهن الحق فى انه لايسلمه له الا بعد ان يستوفى دينه وربما يكون الوصى غير قادر على دفع الدين فتتعطل منفعة هذا الشيء على الصغير. وهذا لايلزم على قول ابى يوسف اذ الوصى لايملك هذا فيسترد من المرتهن بدون ان يكون له حق في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه وما معنى عدم تجويز قضاء دينه من مال اليتيم وحصول المقاصة عند البيع أليس في هذا قضاء دينه وتكون حيلة وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصة عند مايكون الوصى غير قادر على دفع الدين اللهم الا اذا كان جواز الرهن وحصول المقاصة متيدين بما اذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقييدهم جواز اقراض القاضى مال اليتيم بما اذا لم يمكن استثماره فى الوقت الذى يبقي فيه عند المستقرض ولكني لم أرهذا القيد

ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجوداً عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن هلك بالاقل من الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا ان الوصي رهن شيئاً من اموال اليتيم قيمته خمسون جنيها وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الوصى ويلزمه دفع هذا المبلغ الى الصغير لانه صار قاضياً دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين اكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها أقل من الدين ويضمنها الى الصبي ويدفع الزائد الى الدائن

وان كان الدين اربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين اقل من القيمة في هذه الحالة ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين الى الراهن لان الزائد امانة وهي لا تضمن الا بالتعدى والموضوع انه هلك من غير تعد فلا يضمنه ويلزم الوصي ان يعطي للصغير قدر الدين لا الزيادة

وكما يجوز للوصي ان يعطي رهنا بالدين المطلوب من الميت اواليتيم يجوز له ان يأخذ رهناً بالدين المطلوب لواحد منهما وأن يأخذ كفيلا اى ضامناً به لان في كل منهما منفعة عائدة على الصغير والوصي له ان يعمل كل ما فيه خير بالنسبة له — انظر مادة (٤٦٠)

وبما ان الوصي له الولاية على أموال اليتيم فله ان يتولى التصرفات الجائزة له شرعاً بنفسه وله ان يوكل غيره ليباشرها اذ التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه ولا شك في ان الوصي مالك لهذه التصرفات فله ان يملكها لغيره ويتصرف هذا الغير بالنيابة عنه واذا مات الموكل انعزل الوكيل فالشخص الذى وكله الوصي ينعزل بموت الوصي او اليتيم لانه في الحقيقة نائب عنهما — انظر مادة (٤٦١)

وينبني على ان تصرفات الوصي في مال اليتيم مقيدة بالمصلحة أنه اذا

(مادة ٤٦٠) لايجوز للوصي قضاء دينه من مال اليتيم ولا اقراضه ولا اقتراضه لنفسه ولا رهن ماله عند اليتيم ولا ارتهان مال اليتيم وله رهنه من أجنبي بدين على اليتيم او على الميت او على نفسه وأخذ رهن وكفيل بالدين المطلوب لليتيم وللميت

(مادة ٤٦١) يجوز للوصي أن يوكل غيره بكل مايجوز له ان يعمله بنفسه في مال اليتيم. وينعزل الوكيل بموت الوصي أو الصبي

كان شخص في ذمته دين لليتيم مستحق للدفع فى الحال او بعد زمن مخصوص فليس له ان يبرئه من كل الدين او بعضه ولا أن يؤجل الدين المستحق الدفع فورا الى زمن سواء كان طويلا او قصيرا لانه لا مصلحة في ترك كل الدين او بعضه بدون عوض ولا في تأجيله لان فيه تعطيل المال مدة الاجل فلو حصل من الوصى ذلك فلا يصح ويطالب المدين بكل الدين في صورتي اسقاط الوصي كله او بعضه ويدفعه فى الحال فى صورة التأجيل وليس للمدين ان يمتنع عن ذلك محتجاً بما صدر من الوصى لانه غير صحيح فلا يحتج به ولكن محل هذا اذا كان الدين ثابتاً بغير عقد الوصى بان باع الموصي قبل وفاته شيئاً لشخص ومات ولم يقبض الثمن او استهلك شخص شيئاً من أموال الصغير وألزم ببدله فان الدين مستحق لليتيم ووجوبه بغير عقد الوصى فلا يجوز له التصرف فيه الا بما يعود بالنفع على اليتيم وهذا بالاتفاق

اما اذا كان الدين واجباً بعقد الوصى كما اذا باع شيئاً من أملاك اليتيم لغيره بثمن مستحق الدفع في الحال او كان الموصى قبل وفاته وكل الوصى ببيع شيء من أملاكه فباعه ولم يقبض الثمن من المشتري حتى مات الموصى فقال ابو يوسف هو كالاول فى الحكم وقال الامام الاعظم ومحمد يصح ابراء الوصى المدين من كل الدين او بعضه وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمة المدين من كل الدين او بعضه ولا يطالب بالدين الا عند حلول الاجل ولكن الدين لا يضيع على اليتيم بل يلزم الوصي دفعه فى الحال — وتأمل فى كل من القولين وانظر ما يوافق مصلحة الصغير لما تقدم لك فى شرح مادة (٤٦٠) — انظر مادة [٤٦٢]

(مادة ٤٦٢) لا يملك الوصى ابراء غريم الميت عن الدين ولا أن يحط منه شيئاً

ومما ينبني على ان تصرفات الوصي ان كان فيها مصلحة للصغير نفذت والا بطلت صلح الوصي عن الدين المدعى به للموصى او لليتيم او عليهما فان كان في الصلح منفعة للصغير جاز والافلا — وبيانه انه اذا كان للموصى على آخر الف جنيه مثلا ومات قبل أخذها منه فاما ان يكون اثبات هذا الدين ممكناً لو رفعت الدعوى على المدين او غير ممكن

فان كان الاول بان وجدت بينة عادلة لاثباته او لم توجد ولكن المدين مقر بالدين او اتفق الامران ولكن الدين مقضى به عليه فاما ان يصالح الوصي المدين على شيء من جنس الدين او من غير جنسه فان صالحه على جنسه بان قال له صالحتك عن الالف التي عليك لموصىّ على تسعمائة جنيه مثلا كان هذا الصلح لاغيا لانه في هذه الحالة يكون آخذا لبعض الحق وتاركا للبعض الآخر ويترتب على الغائه ان الوصي له مطالبة المدين بكل الدين ويلزم بدفعه غير محتج بالصلح الذي حصل لانه غير معول عليه . وان صالحه على غير جنسه بان قال له صالحتك عن الالف التي عليك على بيتك الفلاني مثلا فاما ان يكون البيت يساوي هذا المبلغ او اكثر منه او اقل فان كان الاول او الثاني فلا كلام في صحته لان الصلح في هذه الحالة معاوضة اذ الوصي اشترى البيت من المدين بالدين الذى عليه وهو يملك ذلك خصوصا فى الحالة الثانية لظهور النفع لليتيم وان كان الثالث فاما ان يكون الغبن يسيراً او فاحشا فان كان يسيراً صح ايضا اذ الغبن اليسير مغتفر لانه لايمكن التحرز عنه ففي اعتباره سد باب

ولا ان يؤجله اذا لم يكن ذلك الدين واجبا بعقده فان كان واجبا بعقده صح الحط والتأجيل والابراء ويكون ضامنا

التصرفات وان كان الغبن فاحشاً فلا ينفذ على اليتيم لان الوصى وان كان علك الشراء له الا انه مقيد بعدم الضرر والضرر هنا موجود فيلغو بالنسبة لليتيم

وان كان الثاني وهو ما اذا كان اثبات الدين غير ممكن بأن لم يكن هناك طريق من طرق الاثبات المتقدمة جاز للوصي أن يصالح عن الدين على أقل منه سواء كان من جنسه او من غير جنسه لان منفعة الصغير والحالة هذه في الصلح اذ أخذ بعض الحق وترك البعض الآخر أصلح ولا شك من ضياع الكل

وكل ما قيل بالنسبة للدين الذى ثبت للموصى ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للدين الذى ثبت أولا لليتيم فاذا تعدى شخص على شئ من اموال اليتيم وأهلكه صار بدله ديناً في ذمته له والوصى هو المطالب به فاذا صالحه الوصى عن هذا الدين على شيء فالتفصيل والاحكام المتقدمة تجرى هنا ايضاً بلا خلاف ولكن هذا اذا وجب الدين بغير عقد الوصى فان وجب بعقده فقال الامام ومحمد يجوز الصلح ولو كان المصالح عليه أقل من الدين وكان الدين ثابتاً ويضمن الوصى النقص وقال أبو يوسف لا يصح اصلا — ومثل ما قيل في الدين المدعي به للميت او لليتيم يقال في الدين المدعى به على واحد منهما فاذا ادعى شخص ان له في ذمة الميت مبلغ كذا او ان اليتيم استهلك له كذا وطالب الوصى بالدين او ببدل المستهلك فان كان غير ثابت فلا يجوز للوصي مصالحة المدعى ولو بأقل مما ادعي به للحوق الضرر بالصغير وان كان ثابتاً جاز له الصلح سواء كان المصالح عليه اقل من المدعي به أو مساوياً له

ومحل سريان هـذه الاحكام فى الصلح اذا كان بدل الصلح من مال اليتيم فان كان من مال الوصى صح الصلح مطلقا اى سواء كان الدين ثابتا أو غير ثابت وسواء كان بدل الصلح أقل من الدين أو مساويا له أو أكثر لان الوصى له ان يتصرف فى ملكه بما شاء لمن أراد فظهر لك مما تقدم ان طرق اثبات الدين المدعي به للميت او لليتيم ثلاث البينة وقضاء القاضى واقرار المدعي عليه وأما طرق اثبات الدين المدعى به على الميت او على اليتيم فاثنان البينة وقضاء القاضى اما الاقرار فلا يثبت به هذا الدين

والسبب في ذلك ان الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره والمدعى عليه فى الاول من اهل الاقرار فاذا أقر بشىء لزمه بخلافه فى الثاني لان الميت غير موجود والصغير ليس من أهل الاقرار والوصي وان كان قائما مقام الموصي وله الولاية على أموال اليتيم الا انه لا يصح اقراره عليهما لما عرفته من ان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى المقر الى غيره ولذا لا يصح اقرار الوصى بدين او عين او وصية على الميت فاذا قال ان فلانا يستحق عند موصىّ مائة جنيه مثلا فلا يثبت المقر به بهذا الاقرار ولو كان فى التركة بيت فقال ان هذا البيت الذى تعهدون انه من تركة موصىّ ليس له وانما هو لفلان لم يصح هذا الاقرار ايضا وكذا اذا قال ان موصىّ أوصي لفلان بربع امواله كان هذا الاقرار لاغياً للسبب المذكور فلا يثبت كل ذلك الا بحجة غير اقرار الوصى — انظر مادتى (٤٦٣و٤٦٤)

(مادة ٤٦٣) للوصى أن يصالح عن دين الميت ودين اليتيم اذا لم يكن لهما بينة والغريم منكر وليس له أن يصالح على أقل من الحق اذا كان بينة عادلة او كان

هذا حكم اقرار الوصى على الميت واما اقرار الوارث على المورث فانه يؤاخذ به لو كان من اهل الاقرار فاذا اقرت الورثة بدين او بوصية على مورثهم وكان الكل من اهل الاقرار نفذ عليهم فان اقر أحدهم وهو من اهله فان صدقه الباقى فى هذا الاقرار نفذ عليهم ايضا وان لم يصدقوه فلا خلاف في ان اقراره يسرى عليه فقط اذ الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره الا بتصديق منه وانما الخلاف فى انه هل يأخذ المقر له بالدين جميع المقر به من نصيب المقر ان كان يفى به او يأخذ منه بقدر ما يخصه وينبنى على هذا أنه اذا ترك شخص ثلاث بنين وتركته تساوي اربعة آلاف وخمسمائة جنيه فادعى شخص ان له دينا على مورثهم وقدره الف وخمسمائة جنيه فان صدقه الكل وهم من اهل التصديق أخذ كل الدين من التركة وبعد ذلك يقتسمون الباقي بينهم لان الارث مؤخر عن قضاء الدين وان صدق المدعي احدهم ولم يوافقه الباقى قال بعضهم يأخذ المقر له جميع نصيب المقر ان كان يفي بدينه وان كان نصيبه اقل من المقر به كما اذا كانت التركة فى هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه اخذ جميع نصيبه فقط . وقال بعضهم يأخذ المقر له من نصيب المقر ما يخصه في هذا الدين وهو فى هذا المثال خمسمائة جنيه — واحتج الاول بان المقر مؤاخذ باقراره فيعمل به فى حق نفسه وقد تضمن اقراره أنه لا يستحق شيئا من تركة مورثه الا بعد قضاء الديون فيؤخذ منه كل

الغريم مقرا به او كان مقضياً به عليه . وان ادعي على الميت او اليتيم حق ولمدعيه بينة عليه او كان مقضيا له به جاز صلح الوصى بقدر قيمة المدعي به

(مادة ٤٦٤) لا يصح اقرار الوصي بدين او عين أو وصية على الميت

ما يستحقه فى التركة ان وفى بالدين وان لم يوف فلا يؤخذ منه الباقى لان الشخص اذا توفى وعليه ديون لا تفى تركته بها فلا يلزم الوارث بسداد الباقى بعد التركة — ووجه الثانى كلامه بان قولهم المقر مؤاخذ باقراره مقيد بما اذا كان هذا الاقرار على نفسه فان كان على الغير فلا يسرى عليه الا بقدر ما يخصه وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه بل اقر بدين على المورث ليؤخذ من كل التركة و بما انه أخذ جزأ منها فقط فيؤخذ منه بقدر مايخص ذلك الجزء من الدين ويلزم على أخذ الكل من حصته الاضرار به فيؤدى ذلك الى انكاره الدين ان كان يعلم به لان اقراره يعود عليه بالضرر — والذى يؤخذ من كلامهم ترجيح الاول ولكن من تأمل وجد القول الثاني أرفق وأعدل وأبعد عن الضرر فليكن المعول عليه — ومحل هذا اذا لم يعلم هذا الدين الا بطريق اقرار احد الورثة فان علم بالبينة ولو كان المقر احد الشاهدين قبل القضاء عليه بالاقرار لزم الدين كل الورثة لان البينة حجة متعدية اما لو كان بعد القضاء عليه فلا تقبل شهادته لان فيها فائدة له بالزامه ببعض الدين بعد ان كان ملزماً بالكل على القول الاول ولو أراد المدعى ان يقيم بينة على المقر يقبل منه ذلك لان فى اقامتها فائدة له وهى الزام الكل بالدين فهذا من المواضع التى تسمع البينة فيها على المقر

وهذا الخلاف انما هو بالنسبة للاقرار بالدين فاذا كان الاقرار بالوصية فاتفقوا على ان مدعى الوصية لا يأخذ من نصيب المقر الا بقدر ما يخصه فاذا توفي شخص وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف جنيه وأخذ كل ابن ألفاً فادعى رجل ان الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه احد البنين فقط يؤخذ

منـه ثلث ما فى يده لان المقر اقر بألف شائع فى الـكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان اقرارا فيما في يده قبل وما كان اقرارا فيما فى يد غيره لا يقبل فيجب ان يسلم الى الموصى له ثلث ما في يده وهو حسن — انظر مادة(٤٦٥)

وبما ان كل شخص يمدح شرعا وعرفا اذا اعتدل في النفقة بلا اسراف ولا تقتير لقوله تعالى (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) فلو خالف ذلك ترتب عليه ما اوعده الله تعالى به (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقـعد ملوماً محسوراً) والوصي هو القائم بأمور اليتيم فينفق عليه لا على وجه الاسراف ولا على وجه التضييق بل يراعى الحال وذلك متفاوت بقلة مال الصغير وكثرته واختلاف حاله فينظر فيها وينفق عليه قدر ما يليق به ولو فرض تقـدير النفقة لليتيم بشيء ورأى الوصى أنه لا يكفيه فله ان يزيد على قدر الـكفاية وهو ظاهر — انظر مادة (٤٦٦)

والصغير لا يخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة احوال . الاول ان يكون

(مادة ٤٦٥) اذا أقر أحد الورثة بدين على الميت صح اقراره فى حصته لا فى حصة غيره من بقية الورثة ويأخذ المقر له منها بقدر مايخصه وهو الارفق وكذا ان أقر له بالوصية بالثلث لزمته فى ثلث حصته

(مادة ٤٦٦) ينبغي للوصى أن لا يقتر ولا يسرف في النفقة على اليتيم بل يوسع عليه فيها بحسب ماله وحاله ليكون بين ذلك قواماً وله ان يزيد فى النفقة المفروضة ان كانت غير كافية

له مال حاضر عند الوصي . الثاني ان يكون له مال غائب . الثالث ان لا يكون له مال اصلا . فان كان الاول انفق عليه الوصي منه مراعياً ما ذكر من اعتبار ماله وحاله . وان كان الثاني واشتري له الوصي شيئاً ودفع ثمنه من مال نفسه ثم أراد أخذه من مال الصغير بعد حضوره فان كان الشيء الذي اشتراه له ضرورياً كالطعام والكسوة قال بعضهم لا يكون متطوعاً فله أن يرجع بهذا الحق اشهد على ذلك او لم يشهد وقال بعضهم يكون متطوعا في الانفاق استحساناً الا ان يشهد انه قرض او انه يرجع به عليه لان قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك — وان كان الشيء الذي اشتراه له غير ضروري كبيت او فرس ثبت له الرجوع أشهد او لم يشهد — وان كان الثالث وهو ما اذا لم يكن له مال أصلا فان كانت نفقة الصغير واجبة على الوصي كأن يكون عماً او خالا للصغير واشترى له شيئاً من لوازمه الضرورية كالطعام والكسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد ان يصير ذا مال لانه واجب عليه وان لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه ففيه الخلاف المتقدم واما اذا كان الشيء الذي اشتراه له ليس ضرورياً كعشرة افدنة مثلا ثبت له الرجوع على الصغير سواء كانت نفقته واجبة عليه او غير واجبة

هذا بالنسبة للوصي اما الاب فقال بعضهم هو كالوصي وقال بعضهم انه يخالفه فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه في كل صورة من الصور الا اذا أشهد ولم يكن الشيء المشترى واجبا عليه وعند أبي حنيفة ان الاب اذا اشترى لابنه شيئاً ليس بواجب عليه ولم يكن له مال أصلا فليس له حق في الرجوع عليه بثمنه عند ما يصير ذا مال وان أشهد . والام في ذلك كالاب

وقالوا ان هذه الاحكام بالنسبة للقضاء واما الديانة فيكفى كلا منهما النية وبالجملة فقد اضطربت الاقوال وتشعبت الآراء واختلفت النقول فى هـذا الموضوع والذي يظهر ان الشيء المشترى اما ان يكون واجباً على الاب والوصي أولا فان كان الاول فـلا رجوع لـكل منهما وان اشهد وان كان الثانى ثبت هذا الحق للوصى وان لم يشهد واما الاب فـلا يثبت له الا اذا أشهد لان الغالب من شفقة الوالد الانفاق على الاولاد وتمليكهم شيئاً للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصى الاجنبي فلا يحتاج في الرجوع الى الاشهاد — انظر مادة (٤٦٧)

وبما ان الوصى قائم مقام الموصي فيما له وعليه يكون هو المطالب بما على الموصى فاذا ادعى شخص على الميت دينا فالخصم فى هذه الدعوي هو الوصى فله أن يقضيه من التركة لماله من الولاية عليها ولا يلزم برد بدله الى التركة ولـكن على التفصيل الآتي

وبيان ذلك ان الدين المدعى به على الميت اما ان يكون ثابتاً او غير ثابت فان كان ثابتاً وقضاه من التركة فلا يضمنه من ماله وثبوته يكون باحد أمور ثلاثة أولا اذا أقيمت بينة عادلة لاشبهة فيها في وجه الوصى وألزمه القاضي بدفعه . ثانيا اذا كان مقضيا به على الموصي قبل وفاته ولم يدفعه . ثالثاً اذا صدقت الورثة المدعى بالدين فى دعواه وهم من أهل التصديق ففى هذه

(مادة ٤٦٧) اذا احتاج اليتيم للنفقة وله مال غائب او لامال له ولم يكن الوصى ممن تجب نفقة الصغير عليه فى صورة كونه لا مال له اصلا وأنفق عليه الوصى من مال نفسه في لوازمه الضرورية فليس له الرجوع عليه الا اذا أشهد أنه انفق ليرجع

الاحوال اذا قضي الوصى الدين من التركة فلا يضمن بدله من ماله بالاتفاق.

وان كان غير ثابت باحد هذه الثلاثة ولو كان الوصى يعلم به كأن أقر الموصى قبل وفاته بين يدى الوصي بان فلاناً يستحق عنده كذا أو عاين الوصى ان الموصى استهلك مال انسان ولم يدفع بدله حتى مات فقال بعضهم له أن يقضى ذلك الدين وقال البعض الآخر ينبغى للوصى أن لا يقضيه ويظهر ان هذا الخلاف بالنسبة للقضاء اما بالنسبة للديانة فله ذلك اتفاقاً كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلع على كتب الفقه ويتفرع على ذلك ان الوصى لو قضى هذا الدين ولم ترفع المسئلة للقاضى فلا يلزم الوصي برد مثل الدين الى التركة ويكون ناجياً عند الله تعالى اتفاقاً لانه قضى دينا واجباً على الموصى قصر فى أدائه .اما اذا رفعت المسئلة الى القاضى الزمه بدفع بدله متبعا قول من لا يجوز له قضاء الدين في هذه الحالة لانه المعول عليه ومحل ذلك اذا لم يكن للوصى بينة على ثبوت الدين فان اراد اقامة البينة أجيب الى طلبه لانه يدفع عن نفسه الضمان فان لم تكن له بينة وادعى ان الورثة يعلمون هذا الدين مثلوا فان صدقوه وهم من أهل التصديق فبها وان أنكروا فله تحليفهم على نفى العلم بهذا الدين لا على نفى ثبوته دفعا للضرر عنهم فان حلفوا انهم لا يعلمون بان هذا الدين علي مورثهم ضمنه الوصى وان امتنعوا عن اليمين حكم القاضى ببراءة ذمته لان امتناعهم بذل أو اقرار — انظر مادة (٢٦١)

(مادة ٤٦٨) اذا قضى الوصى دينا على الميت بلا بينة من الغريم وقضاء القاضى ولا تصديق من الورثة فعليه الضمان ان لم يكن للوصي بينة ايضاً على ثبوت الدين وحلف الوارث علي عدم علمه بالدين

ومن حيث ان الوصى يصرف زمنا من عمره فى شؤون الصغير ولو صرفه فى شؤون نفسه لازدادت ثروته فهو يستحق أجرة على هذا العمل ولكن هذا ليس متفقا عليه لان بعضهم يفصل قائلا الوصي اما ان يكون محتاجا أو غير محتاج فان كان الاول فله طلب الاجرة وان كان الثاني فليس له ذلك مستدلا بقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) وبعضهم يقول له الاجر مطلقا اى سواء كان محتاجاً او غير محتاج اذا طلب ذلك لانه اذا امتنع عن القيام بالوصية الا بأجر فلا يجبر على العمل لانه متبرع ولا جبر على المتبرع وهذا هو الظاهر والاجر لا يقدر بشئ معين بل يكون على قدر عمله — انظر مادة (٤٦٩)

وبما ان أموال الصغار تحت يد الوصى فهو الذي يقوم بجميع لوازمهم من هذه الاموال الى ان يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الاموال لان المانع قد زال . ولما كانت الاموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ماهى عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة لانه قائم مقامهم والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون فى مالهم لا فى مال الوصى لانها في فائدتهم وكل شئ يدعيه الوصي حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه لان الاموال مالكهم فلهم ان يقروا على مايدعيه وان كذبوه ورفعوا الامر الى القاضى احضره وسأله عن مقدار المال الذى صرفه فى مدة صغرهم

(مادة ٤٦٩) للوصي اذا عمل أجرة مثل عمله ان كان محتاجاً والا فلا أجر له

فعند جوابه اما ان يجمل او يفصل فان كان الاول بان قال صرفت عليهم خمسمائة جنيه مثلا فاما أن يكون معروفاً بالامانة أولا فان كان معروفاً بها وكان الظاهر لا يكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذي يدعيه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة فان ادعى سبباً مقبولا كأن قال اشتريت لهم طعاماً فسرق او كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ماذكر صدق أيضاً ان لم يدع تكرار ذلك مراراً

وان كان غير معروف بالامانة فلا يكتفى منه بالاجمال بل يجبر على التفصيل بالطرق التى يراها القاضى مؤدية لذلك ولكن لا يحبسه فان بين لكل جهة مقداراً من المال فاما ان يكون مسلطاً شرعاً على الصرف فى تلك الجهات او لايكون فان كان الاول صدق ان لم يكذبه الظاهر كما اذا قال صرفت فى سنة كذا مائة وخمسين جنيها ثمانون منها للنفقة وعشرون للتعليم والاولاد صالحة له وثلاثون لخراج الارض وعشرون لعوائد الاملاك وكان الظاهر لايكذبه فى كل ذلك صدق أيضاً لانه مسلط شرعاً على مثل هـذه التصرفات — انظر المواد (٤٧٠) و (٤٧٢) و (٤٧٤)

(مادة ٤٧٠) اذا كبر الصغار فلهم محاسبة الوصى ومصار يفها عليهم لكن لوامتنع عن التفصيل لايجبر عليه والقول قوله بيمينه فيما أنفق هذا ان عرف بالامانة والا اجبر على التفصيل باحضاره يومين او ثلاثة وتخويفه بلا حبس ان لم يفصل بل يكتفى بيمينه فيما لايكذبه الظاهر مما هو مسلط عليه شرعاً

(مادة ٤٧٢) يصدق الوصى بيمينه فيما هو مسلط عليه شرعاً من التصرفات

(مادة ٤٧٤) لايقبل قول الوصى فيما يكذبه الظاهر

وان كان الثاني وهو ما اذا ادعي شيئاً لم يكن مسلطا عليه شرعاً فلا يقبل قوله ولو حلف الا اذا اقام بينة وهذا يتحقق في مسائل كثيرة

منها ما اذا ادعى انه قضى دين الميت بلا أمر قاض فانه فى هـذه الحالة يكون ضامنا الا اذا أقام بينة على ذلك ولـكن لا بد من ان يقيمها على ان الدين ثابت ودفعه من مال الصغير اما مجرد اقامة البينة على قضاء الدين فليس كافيا فى عدم الضمان وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٤٦٨) فارجع اليه ان شئت

ومنها ما اذا ادعى انه قضى دينا على اليتيم من مال نفسه ويريد أخذه من مال الصغير الآن فلا يصدق فى ذلك الا اذا أقام بينة على ادائه من ماله ليرجع به فى مال الصغير وقد تقدم هذا أيضا في شرح مادة (٤٦٧) وما فيه من الخلاف والظاهر من كلامهم فيه فراجعه

ومنها مالو قال الوصى لليتيم انك استهلكت مالا له لان فى صغرك فاديت بدله من مالك فقال الصغير لم استهلك شيئا فلا يصدق الوصى الا اذا أقام بينة على استهلاكه للمال ودفع بدله لمالـكه وكذا لو ادعي فى هذه الحالة انه دفع بدله من مال نفسه وأراد أخذه من مال الصغير فلا بد من اقامة البينة على الاستهلاك وعلى انه دفع من ماله ليرجع على ما تقدم من الخلاف في هذه المسئلة

ومنها ما اذا قال الوصي فرض القاضى لأخيك الذى يستحق النفقة فى مالك كل شهر كذا فاديت له منذ خمس سنين مثلا وهو ينكر ففى هـذه المسئلة لا يقبل قول الوصى فيكون ضامنا ما لم يقم البينة على فرض القاضي

واعطاء المفروض للاخ لان هذا ليس من حوائج اليتيم والوصى انما يقبل قوله فيما كان من حوائجه

ومنها ما اذا ادعى انه اذن له فى التجارة فخسر وصار مدينا فقضى الديون التى لزمتـه من ماله فان لم يقره الصغير على ذلك فلا يصدق الا اذا أقام بينة

ومنها ما اذا ادعى انه ادى خراج الارض ولكن هذا ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان ادعاؤه في وقت لا تصلح الارض للزراعة اما لو كانت الارض صالحة لها كان القول له بلا اقامة بينة لان الحال شاهد له بخلاف الاول ويظهر ان هذا مقيد بما اذا كان الاختلاف فى دفع خراج هذه السنة لانها لو كانت صالحة الآن وكانت الدعوى بعدم صلاحيتها للزراعة قبل هذا التاريخ والوصى يدعى دفع الخراج في الوقت الذى كانت غير صالحة فيه فمتى اثبت ذلك بالبينة قبلت ولكن بعد اثباته انه بذل كل ما في وسعه لرفع الظلم ولم يرتفع بان قرر من عاين الاطيان من قبل الحكومة انها تستغل فيدفع عنها الخراج فعارض فى ذلك ولم تسمع شكواه فانه والحالة هذه يكون مضطراً فى الدفع فيقبل قوله متى أثبته وماعلى الصغير بعد بلوغه رشده الا ان يرفع ظلامته الى محل الاختصاص ليرد اليه ما أخذ من امواله ظلما.فالظاهر انه لا ينظر الى ان الارض صالحة للزراعة او غير صالحة وقت الخصومة بل ينظر اليها فى الوقت المدعى دفع الخراج فيه وظروف الدعوى واحوالها واثباتها وعدمه

ومنها ما اذا ادعى انه زوجه امرأة فى صغره ودفع له المهر ولكن ان

كانت المرأة حية صدق لان وجودها أقوى شاهد على ما يدعيه فان كانت المرأة ميتة فلا يقبل قوله الا اذا اقام بينة

وانظر هذا مع ما تقدم لك فى مادة (٣٨) من ان الوصى لا يجوز له ان يزوج اليتيم واليتيمة ولو أوصى اليه الاب بذلك اللهم الا ان يكون هـذا جارياً على الرواية القائلة بان الوصى يملك التزويج ان أوصى اليه الاب به أو تكون المسئلة مفروضة فى وصى له الولاية على النفس من جهة القرابة كالاخ والعم

ومنها ما اذا ادعى الوصى انه يستحق فى مال الصغير خمسين جنيها لانه اتجر في خمسمائة جنيه منها فربح مائة وان هذه التجارة لم تكن للصغير خاصة بل الوصى له نصف الربح لانه كان مضارباً اى آخذاً مال الصغير يتجر فيه على ان يكون الربح بينهما نصفين فاذا لم يصدقه الصغير فى ذلك فلا يصدق قوله ولو حلف فان أقام بينة قبلت واستحق نصف الربح . ولا بد من تخريج هذه المسئلة على قول من يجوّز أخذ الوصى مال اليتيم مضاربة أما على رأي من لا يجوّز ذلك وهو المعول عليه فى هذا الزمان كما نص عليه الفقهاء في مواضع كثيرة فلا يستحق من الربح شيئاً ولو أقام البينة على انه كان مضارباً

ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار فى الجزء الخامس صحيفه (٧٠٤) وما بعدها والفتاوي الهندية في الجزء السادس صحيفه (١٥٥) وما بعدها — انظر مادتى (٤٧٣) و (٤٧٥)

(مادة ٤٧٣) لا يصدق الوصي بيمينه فى التصرفات التى لم يكن مسلطا عليها شرعاً ولا يقبل قوله الا بينة

(مادة ٤٧٥) يقبل قول الوصى فيما يدعيه من التصرف فيما يتعلق باليتيم او

وعمل هذه الاحكام ان كان الوصى حيا وحوسب على الاموال فان مات قبل المحاسبة فاما ان يبين أموال الصغير أو يجهلها فان كان الاول بان بين كل مايستحقه الصغير عنده من نقود وغيرها فاما ان توجد كل الاشياء التي بينها اولا فان وجدت كانت كلها مملوكة للصغير وان لم توجد أخذ بدلها من تركته . وان كان الثانى بأن لم يبين فالاشياء التي توجد من أموال الصغير يستحقها والتي لم توجد لاتكون مضمونة في تركته — وانظر هذا مع قولهم ان الوصى أمين وقولهم الامين يضمن بموته مجهلا الامانة كما اذا أودع شخص عند غيره شيئاً ومات المودَع ولم يبين الوديعة ولم توجد في تركته او استأجر شخص من آخر شيئاً او استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجَر والمستعار ولم يوجدا فى الاشياء التى تركها فان هذه الاشياء تكون مضمونة فى تركة المودَع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الديون مقدم على استحقاق الورثة

وقد يجاب عنه بأن الوصى وان اشترك مع من ذكروا في ان كلا منهم أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو ان الوصى له ان يتصرف فى اموال

مورثه الا فى مسائل منها ما اذا ادعى أنه قضي دين الميت بلا أمر قاض ٠ اوادعى انه قضاه من ماله . او ان اليتيم استهلك فى صغره مالا لآخر فأداه عنه من مال نفسه او مال اليتيم. أو أنه أنفق على محرم لليتيم. أو ادعي انه أدي خراج أرضه وكان ادعاؤه فى وقت لاتصلح الارض للزراعة . أو انه أذن له فى التجارة فركبته ديون فقضاها عنه. أو انه زوجه امرأة ودفع له مهرها من مال نفسه والمرأة ميتة . أو اتجر فى مال اليتيم وربح وادعى أنه كان مضاربا ففى هذه الصور كلها اذا أنكر اليتيم بعد بلوغه ضمن الوصي مالم يقم البينة على دعواه

الصغير بما يراه صالحا بخلاف من ذكروا فيحمل على انه تصرف فيها وهلك ثمنها او ضاعت بدون تعد منه ولم ار خلافاً في هذا الموضوع - انظر مادة(١)

وبما ان أموال الصغير ماسلمت للوصى لحفظها وتنميتها واستثمارها الا لكون الصغير عاجزاً عن ذلك لانه لايهتدى الى مافيه نفعه فلا يحسن التصرف فيها فاذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن صار قادراً على ادارة شؤون امواله بنفسه محسناً للتصرف فيهافقد انتهت مأمورية الوصي ومتى كان هذا الوصف موجوداً فولايته مستمرة سواء كان بعد البلوغ او قبله ويبنى على ذلك المسائل الآتية

اولا اذا بلغ الصغير رشيدا أي محسناً للتصرف فى ماله فما على الوصى الا تسليمه اليه ولما كان ظهور الرشد لايعلم الا بالتجربة والاختبار فالواجب على الوصي ان لايدفع له المال الا بعدهما بأن يدفع اليه شيئاً من ماله ويأذن له بالتجارة فيه فان أحسن التصرف فيه سلم اليه الباقى والافلا لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتي اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فمتى بلغ الولد متصفاً بهذا الوصف وباشر أيّ عقد من العقود فانه يكون نافذاً بلا توقف على اجازة الولي أو الوصى فاذا باع شيئاً من أملاكه او اشترى شيئاً من آخر وامتنع من له الولاية على أمواله سواء كان الوصى أو غيره من تسليم المبيع للمشتري أو تسليم الثمن الى البائع من أموال الصغير مدعياً انه محجور

---

(١) (مادة ٤٧١) اذا مات الوصى مجهلا مال اليتيم فلا ضمان فى تركته فان مات غير مجهل مال اليتيم وكان المال موجودا فله اخذه بعينه وان لم يوجد بعينه بأن كان مستهلكا فله اخذ بدله من تركة الوصى

عليه فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على إجازته فلا يقبل قوله بل يجبر على تسليم ما ذكر الا اذا كان محجوراً عليه بأمر الحاكم انظر مادتي (٤٧٦) و (٤٧٧)

ثانياً اذا بلغ الصغير غير رشيد فلا يسلم الوصي المال اليه الا اذا ظهر رشده ولو استمر عدم الرشد طول عمره ولكن هذا ليس متفقا عليه بل هو مذهب الصاحبين وقال الامام الاعظم رضى الله تعالى عنه اذا بلغ غير رشيد فلا يسلم اليه المال فى الحال بل ينتظر فان صار رشيداً بعد البلوغ قبل ان يصير عمره خمساً وعشرين سنة سلم اليه والا فلا فان بلغ هذا السن سلم اليه المال وان كان غير رشيد (والرشد هنا حسن التصرف فى المال) واستدل الصاحبان بقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً) وبقوله تعالى (وابتلوا اليتامي حتي اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فانه نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وأمرنا بالدفع اذا وجد منه الرشد فلا يجوز تسليم المال اليه قبل وجوده — ولان منع ماله عنه لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها وجوداً وعدماً . واستدل أبو حنيفة

(مادة ٤٧٦) ينبغى للوصى ان لا يدفع للصبي ولا للصبية مالهما بعد البلوغ الا بعد تجربتهما واختبارهما في التصرفات فان آنس منهما رشداً وصلاحاً دفع اليهما المال والا فلا

(مادة ٤٧٧) اذا بلغ الولد عاقلا فجميع تصرفاته نافذة و يلزمه أحكامها ولا يقبل قول وليه أو وصيه انه محجور عليه الا اذا كان الحجر بأمر الحاكم

بقوله تعالى (وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب) والمراد به بعد البلوغ وانما سمي يتيما لقربه منه — ولان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لقول أهل الطبائع من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى انه قد بلغ سناً يتصور ان يكون فيه جدا — ولان منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده وهذا مبنى على الخلاف فى جواز الحجر على السفيه وعدمه فالصاحبان يقولان بالحجر عليه والامام لا يراه والظاهر والمفتي به مذهب الصاحبين وسيأتى لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٨٩)

وينبنى على ما ذكر انه اذا بلغ الولد غير رشيد وسلم اليه الوصي المال قبل بلوغه خمساً وعشرين سنة أو قبل ان يظهر رشده فضاع المال عنده ضمن الوصى مثل ما سلمه له اذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد اعطاه لغير من هو اهل لحفظه فيكون متعدياً فيضمن فان كان التسليم بعد بلوغه هذا السن مع استمرار عدم الرشد ضمن المال اذا ضاع عند الصاحبين وهو المعول عليه لا عند الامام — انظر مادتي (٤٧٨) و(٤٧٩)

(مادة ٤٧٨) اذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المال اليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها

(مادة ٤٧٩) اذا بلغ الولد مفسداً لماله وهو فى حجر وصيه فدفع اليه المال عالما

ثالثاً اذا ظهر رشد الولد قبل البلوغ فسلم الوصى اليه المال فضاع عنده فلا ضمان عليه لانه سلمه الى مالكه بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم «وهو عدم الاهتداء الى التصرف فيه» بظهور الرشد «وهو حسن التصرف في المال» — انظر مادة (٤٨٠)

فقد ظهر من هذا أنه متى وجد حسن تصرف الولد فى ماله سلم اليه سواء كان قبل البلوغ او بعده ومتى لم يوجد فلا يسلم اليه وان صار شيخا على ماهو المعول عليه ولما كان الرشد غير محسوس بل يستدل عليه بالتصرفات كان لا بد من اثباته بحجة شرعية فاذا ادعاه الولد بعد بلوغه مريداً اخذ ماله والوصي ينكره وينبنى على هذا ان الوصى لا يؤمر بتسليم المال اليه قبل اثبات الرشد فان ثبت وحكم به القاضى وطلب الولد ماله من الوصي اجبر على التسليم فان هلك منه شىء بعد المنع فان كان قادرا على التسليم بان كان المال حاضراً وهو متمكن من اعطائه له ضمن ماهلك لانه متمد في المنع وان كان غير قادر بان كان المال غير حاضر وجدّ فى احضاره ليسلمه ولكن قبل حضوره هلك من غير تعديه فلا يضمن — انظر مادة (٤٨١)

بفساده عند البلوغ وضاع المال ضمنه الوصى وكما يضمن بالدفع اليه وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد البلوغ حيث علم عدم رشده قبل البلوغ

(مادة ٤٨٠) اذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ ودفع اليه الوصى المال فضاع عنده فلا ضمان على الوصى

(مادة ٤٨١) اذا ادعى الصبي الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصى فلا يؤمر بتسليم

الباب الثاني

(في الحجر والمراهقة والبلوغ)

الفصل الاول في الحجر

اعلم ان الله تعالى خلق بنى آدم على أشرف خلقة وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد فمن منّ الله عليه بكماله أدرك نتيجة أعماله فيتبصر ويتدبر قبل الشروع فى أى عمل يريده فان كانت النتيجة محمودة أقدم والا أحجم وهذا لا ينازعه أحد فى تصرفاته أما من كان فاقد العقل أو ناقصه فانه من غير شك لا يهتدي الى النافع والضار ولذا لم يتركه الشارع وشأنه بل حجر عليه فمنعه من التصرفات على الطريقة التي ستلقي عليك وجعل كامل العقل قوّاماً عليه رحمة به اذ لولا ذلك لاستنفد من يعامله جميع ماله باحتياله الكامل اذن نعرّف لك معنى الحجر وأسبابه فنقول

معنى الحجر

الحجر له معنيان معنى فى اللغة ومعني فى الاصطلاح فمعناه في اللغة المنع مطلقاً اى سواء كان منعاً عن التصرفات او غيرها ومن هذا المعنى سمى العقل حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح قال تعالى (هل فى ذلك قسم لذى حجر) اى لذي عقل ومعناه في اصطلاح الفقهاء منع مخصوص

المال اليه ما لم يثبت رشده بحجة شرعية واذا ثبت الرشد وحكم له به وطلب من الوصى ماله فمنعه مع تمكنه من دفعه وهلك فى يده ضمنه

بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص او عن نفاذه — وبيانه انه بالنسبة للمجنون والصبي الغير المميز منع عن اصل التصرفات القولية مطلقاً وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن اصل التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالهبة وعن نفاذ التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء وبالنسبة للسفيه منع عن نفاذ التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والاجارة وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضر بحقوق الدائنين وستعرف كل كل ذلك مفصلا عند التكلم على اسبابه

(أسباب الحجر)

أسباب الحجر على ما ذكره هنا ستة وهي الصغر والجنون والعته والغفلة والسفه والدين فكل شخص متصف بوصف من هذه الاوصاف يحجر عليه وحينئذ يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذى الغفلة والسفيه والمديون ولكن الثلاثة الاول متفق على الحجر بوجودها والباقي مختلف فيه ومع ذلك فليسوا سواء فى المنع من التصرفات بل هم مختلفون بحسب الصفات واليك البيان انظر مادة (٤٨٢)

(الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه)

ليس الغرض المقصود من الحجر على الاشخاص المذكورين واحداً اذ بعضهم تكون فائدة الحجر عائدة اليه كالصغير والمعتوه وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون. والصغير اما ان يكون مميزاً او غير مميز والمميز اما ان يكون

(مادة ٤٨٢) يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذى الغفلة والسفيه والمديون

غير مأذون له فى التجارة او مأذوناً له فيها. والتصرفات تنقسم الي ثلاثة أقسام الاول تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية.الثانى تصرفات ضارة ضرراً محضاً كاعطاء شيء من ماله بلا مقابل والطلاق والعتاق والقرض. الثالث تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والصلح فاذا كان الصبي غير مميز فجميع تصرفاته باطلة ومثله المجنون الذى لا يفيق لان صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما فان كان المجنون يفيق فى بعض الاحايين فتصرفاته وقت الافاقة كتصرفات العقلاء — انظر مادة (٤٨٣)

واذا كان الصبي مميزاً غير مأذون له فى التجارة فتصرفاته المضرة له ضرراً محضاً غير جائزة وان اجازها من له الولاية على ماله لأن تصرفات الولى منوطة بالمصلحة ولا مصلحة فى الاجازة فتلغو وتصرفاته النافعة له نفعاً محضاً جائزة ولو لم يجزها الولى او الوصى وأما تصرفاته المترددة بين النفع والضرر فهى موقوفة علي اجازة من له الولاية على ماله فان اجازها وكانت قابلة للاجازة « بان لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشترى موجودين والثمن ايضا ان كان من الاعيان » نفذت وان لم يجزها او اجازها وكانت غير قابلة للاجازة بان فقد شرط من هذه الشروط لغت لان التصرفات ان كانت بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده مصلحة وان يكون فيه ضرر والذى يدرك أحد هذين الشيئين هو الولى فيري رأيه فيه فان رأي النفع فى الاجازة

(مادة ٤٨٣) الصغير الذي لا يعقل تصرفاته القولية كلها باطلة ومثله المجنون المطبق الذى لا يفيق بحال وأما من يجن ويفيق فتصرفاته فى حال افاقته حكمها حكم تصرفات العاقل

اجاز والا نقض والمتوه مثل هذا الصبي في جميع التصرفات المتقدمة

والصبي المميز هو الذي يعقل معنى العقود بان يعرف أن البيع سالب الملك المبيع جالب لملك الثمن والشراء بالعكس ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة واختلفوا فى تفسير المعتوه اختلافا كثيراً وقالوا أحسن ما قيل فى تعريفه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون — انظر المواد (٤٨٤) و(٤٨٥) و (٤٨٦)

والحجر على المذكورين انما يتأتى فى الاقوال لا الافعال اذ الحجر فى التصرفات القولية المتقدمة ممكن وذلك بعدم اجازتها فتلغو ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع فى البيع الى المشترى وتملك المستأجر منفعة المؤجر فى الاجارة وأما الافعال فلا يتأتى فيها ذلك اذ الفعل بعد وقوعه لايمكن رفعه وينبنى على ذلك ان كلا من الصبي والمجنون والمعتوه مؤاخذ بأفعاله فاذا أتلف واحد منهم مال غيره او اتلف عضوا من أعضائه اخذ البدل او الارش من ماله في الحال والذي يطالب بدفعه هو المتصرف فيها

(مادة ٤٨٤) تصرفات الصبي المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلا اذا كانت مضرة لهما ضرراً محضاً وان أجازها الولى أو الوصى

(مادة ٤٨٥) التصرفات التى تصدر من الصبي المميز والمعتوه وتكون نافعة لهما نفعاً محضاً جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصي

(مادة ٤٨٦) المحجور عليه صبياً مميزاً كان أو كبيراً معتوهاً اذا عقد عقداً من العقود القولية الدائرة بين النفع والضرر توقف نفاذه على اجازة الولى أو الوصى فان أجازه وكان قابلا للاجازة نفذ وان لم يجزه أو أجازه وكان غير قابل للاجازة فلا ينفذ أصلا

انظر مادة (٤٨٧)

ولكن محل ضمانهم لما اتلفوه من مال الغير اذا لم يكونوا مسلطين على الشيء الذي أهلكوه من قبل مالكه فان كان كذلك فلا ضمان. وينبني على ذلك انه اذا اعطى شخص للصغير او المعتوه مبلغا من النقود أو كمية من المكيلات او الموزونات على سبيل القرض الشرعي « السلفة » او أعطاه شيئاً ليحفظه له «وهي الوديعة» او سلمه شيئاً لينتفع به ويرده اليه «وهي العارية» او باع له شيئاً وكان كل من هذه التصرفات بلا اذن الولي او الوصي فاتلف كل منهما الاشياء المذكورة فلا ضمان عليه لان اتلافه ماحصل الا بعد التسليط من المالك والمسلط غير اهل للحفظ فيكون التقصير من جهة المالك فلا ضمان فلو انتفى التقصير بان لم يعامل كلا منهما بشيء مما ذكر الا بعد التصريح له من ولي امره ثبت الضمان — انظر مادة (٤٨٨)

وان كان الصبي المميز مأذوناً له في الاتجار فكل تصرف تحتاج اليه التجارة يجوز له توليه وينبني على ذلك ان له البيع والشراء لكن اذا كان كل منهما بمثل القيمة او بغبن يسير وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين جاز اتفاقا اما لو كان بغبن فاحش وهو الذي لا يدخل تحت التقويم بان باع شيئاً

(مادة ٤٨٧) الصبي مؤاخذ بأفعاله فاذا جنى جناية مالية أو نفسية أدى ضمانها من ماله بلا تأخير الى البلوغ والمعتوه كالصبي

(مادة ٤٨٨) اذا استقرض الصبي أو المعتوه بلا اذن وليه أو وصيه مالا فاتلفه أو أتلف ما أودع عنده أو ما أعير اليه أو ما بيع له بلا اذن الولي أو الوصي فلا ضمان عليه ما لم تكن الوديعة نفسا فعليه ضمانها. فان قبل الوديعة باذن وليه أو وصيه فاتلفها فهو ضامن لها

من املاكه بانقص من قيمته او اشتري شيئاً من غيره بأزيد من قيمته وكان كل من النقص والزيادة فاحشا ففيه خلاف فالصاحبان يقولان بعدم الجواز والامام الاعظم يخالفهما . واستدل الصاحبان بان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع بدليل ان المريض مرض الموت اذا باع او اشترى بغبن فاحش اعتبر من ثلث المال وايضا لايجوز لكل من الاب والوصي والقاضي ان يبيع شيئا من املاك الصغير أو يشترى له شيئا بغبن فاحش والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف . واستدل الامام بانه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ماهو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام اولى من اعتبار الدلالة — على انا لا نسلم خلوه من الغرض فان التاجر في العادة كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لا طريق له الا بيع ما عنده وربما لا يشترى ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار — وبالتأمل في الدليلين نرى دليل الصاحبين ظاهر المراد اللهم الا اذا فرضت مسئلة يتحقق فيها ما قاله الامام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليله. ومن حيث ان له ان يتولى البيع والشراء بنفسه فله ان يوكل بهما من شاء لانه من توابع التجارة اذ ربما لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين وليس هذا خاصاً بالبيع والشراء بل كل تصرف له ان يتولاه بنفسه يصح ان يوكل فيه لان التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه

وكما انه يملك البيع والشراء يملك الرهن والارتهان فله ان يرهن شيئاً من املاكه بدين عليه وان يأخذ شيئاً من مدينه ليكون رهنا عنده حتى يستوفي دينه لان كلا منهما من توابع التجارة اذ الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاء له وان كان ذلك لا يتقرر الا بهلاك المرهون وكما يملك الرهن يملك الاعارة فله أن يعير غيره شيئا من املاكه بان يعطيه له لينتفع به زمنا بلا مقابل لان التجار لا يستغنون عن ذلك عادة وله ان يأخذ ارض غيره اجارة بان يزرعها ويكون كل المحصول له ويدفع له عن كل فدان مبلغاً معلوما من النقود لكل سنة وله أن يأخذ الكرم مساقاة بان يقوم بجميع لوازمه حتى يدرك ثمره ويكون له جزء معلوم منه على حسب الشرط وله أن يأخذ ارض غيره مزارعة بأن يزرعها ويقوم عاملا على الزرع حتى يدرك فيقسم المحصول بينهما حسب الاتفاق. وله ان يعطي ارضه لغيره بالاجارة ويؤجر نفسه أيضاً لان ذلك كله يراد به تحصيل المال وهو من صنيع التجارة واذا أقر بان لفلان عنده كذا وديعة أو دينا صح اقراره لان الاقرار من توابع التجارة لانه متى ملك التجارة ملك ماهو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى ان يقر بذلك لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه بثمن مؤجل خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدي الى انقطاع تجارته فوجب ان يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا ظاهر في ديون التجارة او ماهو في معناها كالغصب والاستهلاك لانه في معنى دين التجارة اذ هو دين يلزمه بعوض فلو كان اقراره بغير هذه الديون كما اذا أقر بشيء من تركة أبيه لانسان

فى رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يقبل هذا الاقرار لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لان فك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ فى حق الاموال ورواية الحسن هى الظاهرة

ولكن يقال اذا كان الولى لا يملك الاقرار عليه فكيف يملكه هو مع ان ولايته مستفادة منه واجابوا عن ذلك بأنه لما انفك الحجر عنه بالاذن صار كأنه انفك بالبلوغ فيقبل اقراره على نفسه بخلاف اقرار الولى لانه اقرار على غيره فلا يقبل

واذا باع الصبي المأذون له فى التجارة شيئاً ووجده المشترى معيبا وأراد رده فللصبي ان يسقط من الثمن بقدر النقص الذى يحدثه العيب فى المبيع لانه من صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فلو كان الحط من غير عيب او اكثر من العادة لم يجز لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجارة فلا ضرورة اليه. واذا باع او اشترى او آجر او استأجر بمحاباة اى بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع وبأزيد منها بالنسبة للشراء وبنقص فى الاجرة عند الايجار وبزيادة فيها عند الاستئجار جاز له ذلك ان كان الغبن يسيراً اتفاقاً لان هذا لا يمكن التحرز منه فلو كان الغبن فاحشاً فالامام يجيزه والصاحبان يلغيانه وقد تقدم دليل كل عند الكلام على البيع والشراء. واذا كان له دين مستحق الدفع فى الحال جاز له ان يؤجل اخذه الى زمن معلوم . ويجوز له ان يصالح عن دين له بأن يسقط منه جزءاً ويأخذ الباقى لان كلا من التأجيل والصلح من عادات التجار وكل تصرف هذا شأنه ينفذ إن باشره - فان كانت التصرفات لا تحتاج اليها التجارة فلا تجوز له

مباشرتها وينبني على ذلك ان الصبي المأذون له في التجارة ليس له ان يقرض بأن يعطي شخصاً شيئاً من المثليات ينتفع به ويرد اليه مثله بعد زمن معلوم لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه ولا ان يهب بان يعطى شيئاً من امواله بلا عوض لانه تبرع محض فلو كانت الهبة بعوض لم يجز ذلك أيضاً كما قالوا وينبغي ان يجوز على قول من يجعل الهبة بعوض مشروط في العقد معاوضة ابتداء وانتهاء وهو الظاهر كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٢٨) واذا كان شخص مديناً لآخر فليس للمأذون له ان يضمن ذلك الدين بأن يتعهد للدائن بدفعه لان هذا لا فائدة فيه اذ لو صح ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون ويجبر على دفعه اذا امتنع وربما يكون المدين معسرا فلا يتمكن من اخذه منه فيعود عليه بالضرر فألغوا الكفالة وكذالو تزوج لم ينفذ بل يكون موقوفاً على اجازة من له ولاية التزويج لان عقد الزواج ليس كغيره من باقي العقود اذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فلا بد أن يكون الاختيار مصادفاً محله حتى يعيشا آمنين وهذا لا بد له من نظر تام فى العواقب ولا يقدر على ذلك الا صاحب العقل الكامل وهو الولى

والذي يملك الاذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف في المال وهو الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي او وصيه فغير هؤلاء كالعم والأخ والام ووصى كل لا يملك الاذن — والسبب في ذلك انه ليس لهم ان يتصرفوا فى ماله بالتجارة فكذلك لايملكون الاذن فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله بها فكذا يملكون الاذن فيها فان قام كل من الاب

أو الجد او الوصى بالاذن بعد صلاحية الصبي للتجارة فيها والا فللقاضى أن يأذن له وان كانت ولايته مؤخرة عن ولايتهم والسبب في ذلك ان الاذن في التجارة حق الصبي قبل الولى لانه مما ينتفع به اذ يهتدى به الي التجارات فاذا امتنع عن الاذن من له الولاية علي أمواله صار مانعاً له من حقه فتنتقل الولاية الى القاضى ومثل هذا الولى فى باب النكاح فانه اذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول انتقلت الولاية الى القاضى وينبنى على ذلك انه لو حجر عليه احد من هؤلاء بعد اذن القاضى له فحجره باطل لان الحجر فسخ للاذن والاذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غيره فان حجر عليه القاضى الذى اذن له بعد عزله يكون هذا الحجر لاغيا لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا انتفت هذه الولاية انتفت ولاية الحجر فان حجر القاضي الذى قام مقامه عمل حجره لان الثاني نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر منه يصح من الذى قام مقامه

والآذن للصبي اما ان يكون غير القاضي او القاضى فان كان الاول يبطل الاذن بموته فيصير الصبي محجوراً عليه لانه يتصرف بولايته ورأيه وقد زالت تلك الولاية بالموت وان كان الثانى فلا يلغو الاذن لان اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر احكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا ولو كان الآذن حياً ومنع الصبي من التصرفات صار محجوراً عليه اذا كان اهلا للولاية على أمواله

ومن له الولاية على الصبي له أن يتصرف فى ماله ولو فى حال الاذن له لان ولايته لا تنقطع بالاذن والمعتوه المأذون له كالصبي فى جميع هذه الاحكام

فالذى علم مما تقدم بالنسبة للحجر على الصغير والمجنون والمعتوه ان التصرفات تنقسم الى ثلاثة أقسام القسم الاول تصرفات ضارة ضرراً محضاً كالهبة والصدقة والعتاق والطلاق. الثانى نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية. الثالث مترددة بين النفع والضرر. والصبي اما ان يكون غير مميز أو مميزاً والمميز اما ان يكون مأذوناً له في التجارة أولا فالصبي الغير المميز لا تصح منه التصرفات بجميع اقسامها ومثله المجنون المطبق لان صحة العبارة بالتميز ولا تميز عند واحد منهما والصبي المميز اذا كان غير مأذون له فى التجارة تصح تصرفاته النافعة له نفعا محضا ولو لم يجزها الولى وتلغو الضارة له ضرراً محضاً وان اجازها الولى وأما المترددة بين النفع والضرر فانها تكون موقوفة على اجازة من له ولاية على أمواله. ومثله المعتوه والصبي المميز المأذون له فى التجارة تنفذ تصرفاته التى هي من صنيع التجار ومثله المعتوه المأذون له والسبب في ذلك ان الصبي المميز يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذى لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ فى التصرف النافع وبالمجنون فى الضار وفى المتردد بالمعتوه قبل الاذن وبالعاقل البالغ بعده — انظر مادتى (٤٩٢ و ٤٩٣)

(مادة ٤٩٢) يجوز للوصى أن يأذن للصبي بالتجارة اذا جربه فرآه يعقل ان البيع للملك سالب وأن الشراء له جالب وانه يعرف الغبن اليسير من الفاحش وهو ظاهر غير خاف على من يعقل

(مادة ٤٩٣) يجوز للصبي المأذون له في التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن والتوكيل بهما والرهن والارتهان والاعارة وأخذ الارض اجارة ومساقاة ومزارعة والايجار

(الحجر على السفيه)

لما كان السفه يؤدي بصاحبه يوماً من الايام الى سوء العاقبة فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) رتب الفقهاء عليه حكما لمصلحة من اتصف به وهو الحجر — وعرفوا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضي الشرع والعقل ولو كان في سبيل الخير كبناء المساجد والاوقاف والقناطر فالسفيه يعمل بخلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجى فهو يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا مثل دفع المال الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش فى التجارة من غير محمدة وغير ذلك من التصرفات الفاشية في هذا الزمان ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحجر على السفه بل القائل به ابو يوسف ومحمد وغيرهما من الائمة واما أبوحنيفة فلا يرتب عليه حجراً ولكل أدلة — أما الصاحبان ومن وافقهما فقد استدلوا بأدلة نقلية وعقلية فمن النقلية قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم) فهذه الآية تفيد صريحا اثبات الحجر على السفيه بطريق النظر له فانه اثبت فيها للولى مباشرة التصرف فى مال السفيه ولا يكون هذا الا

والاقرار بالوديعة وبالدين والحط من الثمن بعيب والمحاباة والتأجيل والصلح. وليس للمأذون أن يقرض ولا يهب ولا يكفل ولا يتزوج الا باذن وليه فى النكاح ولا يمنع الولى والوصى من التصرف فى ماله

بعد منعه من التصرفات وليس هذا سوى الحجر وقوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيهاً او ضعيفاً اولا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل) فهذه الآية تفيد ايضا اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه وذلك لا يكون الا بعد الحجر . وما روي أن عبد الله ابن جعفر كان يفنى ماله فى الجهاد والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك الامام على ابن ابى طالب كرم الله وجهه فقال لآتين عثمان ولاسألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير واخبره بذلك فقال أشركنى فيها فأشركه ثم جاء الى عثمان رضى الله عنهما فسأله ان يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته فى الشركة على انه لا غبن فى تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب

ومن الادلة العقلية ان النظر لهذا واجب خوفا عليه من سوء المنقلب وليس من النظر أن يمكن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظراً له ولاننا لو قسناه على الصبي لوجدناه مشتركا معه في علة الحجر بل هى فيه اولى وذلك ان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق التبذير منه ولهذا لو بلغ الصبي غير رشيد منع ماله في الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظراً له

واستدل ابو حنيفة بأن السفيه كامل العقل بدليل انه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا

يمكن القياس عليها ولو كان الحجر عليه نظراً له لكان رفع التكليف عنه اولى بذلك مع أن الشارع كلفه فعلم انه لم ينظر اليه لهذا السبب فلا يسعنا الا اتباع الشارع ولان فى الحجر عليه الحاقا له بالبهائم واهدارا لآدميته وهو اشد ضرراً من التبذير ومن الامور المتفق عليها انه لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى ولذا لو كان فى الحجر على شخص دفع ضرر عام حجر عليه كالحجر على المتطبب الجاهل لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح ان نقيس الحجر على السفيه بمنع مال الصبي عنه اذا بلغ غير رشيد لعدم الاستواء لان الحجر ابلغ فى العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لانه اكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدى فيها الى الصالح لسلامة قلبه فيغبن فى البياعات فيخسر او بان يهب أو يتصدق او يجمع اصحابه من اهل الفسق والشرور ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لم يتمكن من ذلك وقال ان الآية الاولى وهى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الخ) ليست نصا فى الاحتجاج لهم لان المراد أموالنا لا أموال اليتامى بدليل انه اضافها الينا لا اليهم وحينئذ يكون المراد من السفهاء الصبيان لان المال اذا سلم اليهم ضيعوه فيكون المراد بالآية ان نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمها اليهم وكذلك الآية الثانية وهي (فان كان الذى عليه الحق سفيها او ضعيفا) الخ فانه يحتمل ان يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه فى اللغة هو الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصبي المميز او بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس له تمييز ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال - على أننا او اردنا بالسفيه ما ارادوا يمكننا أن نقول ان هذه الآية تقتضى نفاذ تصرف السفيه فان الذى عليه

الدين هو الذى لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى فى أول الآية (ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) ثم قال (وليملل الذى عليه الحق) يعنى الحق الذى لزمه بتلك المداينة ثم قال (فان كان الذى عليه الحق سفيها) اى الحق الذى لزمه بمداينته(فليملل وليه) وهذا ظاهر فان بعض الاشخاص يستدين ويعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب او لقلة ممارسته للاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج ان يمل عنه غيره باخباره هو واقراره على نفسه واكثر الناس علي هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يؤلف كلاما يمله وانما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب ومع هذا فقد قالت العلماء ان المفتى به مذهب الصاحبين ومن وافقهما لقوة ما استدلوا به. ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفيه اختلفا فى وقته فقال أبو يوسف لايصير محجوراً عليه الا بحكم القاضي ولا ينفك حتى يطلقه وقال محمد يحجر عليه من وقت السفه فساده فى ماله يحجره واصلاحه فيه يطلقه — واستدل ابو يوسف بأن السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بالغبن فى تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين واذا كان متردداً بين هذين الامرين فلا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الصغر والجنون والعته ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولأن الحجر عليه نفسه متردد بين الضر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر — واستدل محمد بأن العلة فى الحجر هى السفه فمتى تحقق ترتب عليه

موجبه بغير قضاء مثل الصبا والجنون والجامع بين كل أن الحجر لمعنى في نفسه والقضاء انما يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يَتْوَي مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتي يمنعوه ولكن القاضي له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم ألا تري أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرأوه أو أوفاهم حقهم لم يحجر عليه. وينبني على هذا الخلاف أن تصرفاته التي باشرها قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبي يوسف وموقوفة عند محمد لاحتمال أن يكون فيها مصلحة فاذا رأى القاضي فيها المصلحة نفذها والا ردها كتصرف الصبي والمعتوه ومذهب محمد ظاهر المراد لانهما متفقان على أن الحجر عليه انما هو لفائدة تعود اليه وهي حفظ ماله حتى لا يصبح عالة على غيره فاذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه انعدمت تلك الفائدة اذ ربما يتصرف الشخص فى جميع أمواله بيعاً بأبخس الاثمان وهبة بلا مقابل ويشتري شيئاً بأضعاف قيمته ويؤجر شيئاً من أملاكه بأجر زهيد ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة ويتمادى على مثل هذه التصرفات حتي يرفع الامر الى القاضى الذى يريد أن يستكمل الامور الشرعية لصحة الدعوى والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شك يستغرق زمناً ليس بالقليل فعند الحجر عليه قد لا يكون عنده شئ أصلا أو عنده ولكنه لا يستحق الذكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه وحينئذ تنعدم فائدة الحجر وهذا غير لازم على مذهب محمد فانه يلغى جميع تصرفاته التي من هذا القبيل فتحفظ عليه أملاكه بدون شيء أو يرد ما أخذ من الاثمان القليلة

التى يكفى لسدادها بيع شيء واحد مما تصرف فيه — انظر مادة (٤٨٩)

والسفيه وان اشترك مع الصبي المميز فى الحجر على القول المفتى به الا أنه ليس مثله فى جميع الاشياء بل يخالفه فى بعضها فيكون مثله بالنسبة للتصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان وحينئذ اذا باشر تصرفاً من هذه التصرفات يكون موقوفاً على إجازة القاضي أو من ولاه عليه لان فائدة الحجر عدم النفاذ فان كانت فيه مصلحة أجازه والا رده. ويخالفه في أشياء .منها التصرفات التى لاتحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فيجوز له التزوج فان لم يسم شيئاً او سمى وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل وأما إن سمي له مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه انما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال فلا يلزمه وان طلق يقع طلاقه لان الفرض أن السفيه كامل العقل والطلاق لايؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه. ومنها وجوب الانفاق على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى ارحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لايبطل حقوق الناس. ومنها

(مادة ٤٨٩) اذا أقيمت البينة على حر مكلف وثبت لدى الحاكم الشرعى انه سفيه يحجر عليه ويمنعه من جميع التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل فيكون حكمه فيها كحكم الصغير ولا تنفذ عقوده بعد الحجر الا باذن الحاكم وأما تصرفاته قبل الحجر فهى جائزة نافذة

زوال ولاية ابيه اوجده على امواله فليس لواحد منهما ان يبيع عليه ماله ولا يشتري له الا باذن الحاكم وهذا بخلاف الذى لم يبلغ فان كلا من الاب والجد والوصي يملك ذلك. ومنها صحة اقراره بالعقوبات فاذا أقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس اوفيما دونها عوقب بمقتضى اقراره.ومنها صحة وصاياه في سبل الخير ولكن لاتنفذ الوصايا من كل المال بل من الثلث ومحل ذلك ان كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن او كان وأجاز نفذت من كل المال وستعرف هذا الكلام بتالا مزيد عليه في الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها بالاستحسان والقياس عدم الصحة لان الوصية تبرع وان كان التمليك لا يكون الا بعد الوفاة فكما لاتجوز تبرعاته حال حياته كذلك لا تصح بعد وفاته — ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لايتلف ماله ويبقى كلاً على غيره وذلك يكون حال حياته فيما إذا اتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث او من الكل بعد وفاته اي حال استغنائه عن ماله خصوصاً أن الوصية فى ابواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل . ومنها وجوب العبادات سواء كانت بدنية محضة كالصلاة او مالية محضة كالزكاة اومركبة منهما كالحج لانها واجبة بايجاب الله تعالى والسفيه مكلف بخلاف الصبي فالسفه لايبطل حقوق الله تعالى ولا حقوق العباد الا ان القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ولكن يأمر القاضي امينا يراقبه كي لايصرفها فى غير مصرفها بخلاف النفقة الواجبة عليه لغيره فان القاضي يسلمها الى امينه ليصرفها الى مستحقها اذ لايحتاج فيها الى

النية فاكتفى فيها بفعل الامين — انظر مادة(٤٩٠)

فالذي علم ان الامام الاعظم لايقول بالحجر على السفيه مستدلا بان في الحجر عليه اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهذا اشد ضرراً من التبذير ولا يحتمل الأعلى لدفع الادنى ولذا لو كان في منع شخص عما يرتكبه دفع ضرر عام فانه يوافق الصاحبين فى الحجر ولو ترتب عليه الحاق ضرر خاص به وينبنى على ذلك منع الاشخاص الآتية عما يرتكبون اتفاقا فالمفتى الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذى يفتى عن جهل او يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها او لتسقط عنها الزكاة وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حولان الحول بيوم مثلا لمن يثق منه برده اليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذى فرضه الله عليه وهو الزكاة لضرره بالدين والمتطبب الجاهل يمنع عن تعاطى صنعة الطب لاضراره بالابدان وهو الذى يسقى الناس دواء مهلكا او اذا قوي عليهم الدواء فلا يقدر على ازالة ضرره والمكارى المفلس يمنع من تعاطى هذه الصنعة وهو الذى يتقبل الكراء ويؤجر الدواب وادوات النقل لحمل الاثقال فى زمن مخصوص وليس له دواب يحمل عليها ولا له مال يشترى به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه و يصرف هو ما اخذه منهم في قضاء حاجته فاذا جاء الوقت المعين لذلك يختفي فتذهب

(مادة ٤٩٠) لايحجر على السفيه البالغ الحر في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق والانفاق على من تجب عليه نفقتهم وتزول عنه ولاية الاب أو الجد و يصح اقراره على نفسه بوجوب القصاص فى النفس أو فيما دونها وتصح وصاياه فى سبيل الخير من ثلث ماله ان كان له وارث

أموال الناس وتفوت حاجاتهم واذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو متقن لها أو أراد تعلمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة منع التعرض لان احتكار الحرف غير جائز — وبالتأمل نرى أن هذا ليس من الحجر المصطلح عليه لانه ليس منعاً لنفاذ التصرفات وانما هو منع حسى بدليل ان المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جازت فتواه وكذلك الطبيب لو باع الادوية نفذ بيعه وحينئذ يكون فى منع هؤلاء المفسدين للاديان والابدان والاموال دفع اضرار بالخاص والعام فهو من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ولذا لا يقتصر فى هذا الموضوع على هذه الاشياء بل يكون داخلا فيه ما اذا تعدوا فى البيع القيمة فان الحاكم ينظر ويمنع الناس من ذلك وكذا المحتكر للطعام والناس فى احتياج اليه وكل ما هو من هذا القبيل — انظر مادة (٤٩١)

الحجر على المدين

اعلم ان الخلاف الجارى بين الامام وصاحبيه فى الحجر على السفيه جار فى الحجر على المدين أيضا فاذا كان شخص مدينا وطلب الدائنون ديونهم وأثبتوها بأي طريق من طرق الاثبات وطلبوا من القاضى الحجر عليه فالامام الاعظم يرى أن القاضي لايجيبهم الى هذا الطلب بل ان كان له مال أمره بأداء ماعليه فان امتثل فبها وان لم يمتثل حبسه ليتولى هو بيع ماله ويقضى الدين من ثمنه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضى دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على

(مادة ٤٩١) يمنع المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل الباطلة أو يفتى عن جهل والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ومن يحتكر الحرف

البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان ان شاء ببيع أمواله وان شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك اكراهاً على البيع عينا واستدل الامام بأن في الحجر عليه اهدار أهليته والحاقه بالبهائم وهذا ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لان هـذا ليس سوى الحجر عليـه وقد منعناه خصوصاً وأن البيع لايجوز الا بالتراضي وقال الصاحبان يجيبهم القاضي الى هذا الطلب لما روي أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه ولان فى الحجر عليه نظراً للغرماء كى لايلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يقر به لانسان ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه ولذا يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى العنة وغيرها ولا يخفى عليك بعد ما تقدم لك من الادلة أن مذهب الصاحبين هو الظاهر

والحجر على السفيه والمدين وان كان الغرض منه حفظ المال الا انه يختلف بالنسبة للاشياء الآتية . أولا ان الحجر على السفيه مراعى فيه حق الشخص نفسه والحجر على المدين انما هو لحق الغير وهم الدائنون. ثانياً الحجر على السفيه يكون في كل التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كما عرفته فى مبحثه واما الحجر على المدين فانما يكون بالنسبة للتصرفات التى تضر بصالح الغرماء كالهبة والوصية وبيع شيء من املاكه بأقل من قيمته وشرائه شيئاً بأكثر من القيمة . ثالثاً الحجر على السفيه يتناول المال الموجود وقت الحجر والمال الذى اكتسبه بعده ولكن الحجر على المدين لا يكون الا

بالنسبة لماله الموجود وقت الحجر وينبني على ذلك انه اذا أقر بدين في حالة الحجر لزمه ذلك لكن لا يؤخذ الا بعد قضاء الديون لانه تعلق بالمال الموجود وقت الحجر حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم وهذا بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لان الاستهلاك فعل حسي ولا حجر في الافعال الحسية لانه لايتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذباً فيرد اقراره للتهمة حتى لو انتفت بأن كان سبب وجوب الدين المقر به ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود شارك المقَرُّ له الغرماء ويؤخذ من هذا انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده

وبعد ما يحجر القاضي على المدين يأمره بقضاء دينه بأى طريق كان فان امتثل فبها وان لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من امواله ما يفي بدينه فان كانت امواله لاتفي بالديون باع القاضي جميعها وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية بان يأخذ كل من الدائنين من ثمن ما يباع بنسبة دينه فاذا فرض ان شخصاً مدين بالفي جنيه مثلا لثلاثة اشخاص لاحدهم الف وللآخر ستمائة وللثالث اربعمائة وجميع امواله لاتساوى الا الف جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك ان تقسم ما عنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدائن ففي المثال المتقدم بلغ جميع الديون الفي جنيه

وأمواله التي يتملكها القين فبقسمته على الالف يكون خارج القسمة نصفاً ويضربه في دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا

$$\frac{١٠٠٠}{٢٠٠٠} = \frac{٥٠٠}{١٠٠٠} = \frac{٢٥٠}{٥٠٠} = \frac{٢٥}{٥٠} = \frac{١}{٢}$$

$\frac{١}{٢} \times ١٠٠٠ = \frac{١٠٠٠}{٢} = \frac{٥٠٠}{١} = ٥٠٠$ فيكون هذا نصيب الدائن

بألف . ونصيب الدائن بستمائة وكذا نصيب الدائن باربعمائة ينتج بمثل هذا العمل وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل ولك ان تقول من اول الامر حيث ان جميع امواله تساوي نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه فان كان يساوى الثلث فكل يأخذ ثلث دينه وهكذا فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود بأى طريق كان ومن حيث ان القاضي نصب ناظراً فينبغى ان ينظر للمدين كما نظر الى الدائن وينبنى على ذلك انه يبدأ ببيع ما هو انظر للمدين فيبيع اولا العروض بادئاً بما يخشى عليه التلف ثم بما لا يخشى عليه منه لان العروض قد تعد للتقليب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر فى بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة ولكن عند ما يبيع القاضي امواله لقضاء دينه فلا يبيعها كلها ولو كانت مستغرقة بالدين بل يترك له النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة او غيرها ولا شك فى ان النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتاً يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته فى الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام ما يكفيه الى ان يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من

الكسب فان كان كسبه يومياً او اسبوعيا اوشهرياً او سنوياً ترك له ما يكفيه هذه المدة لانه بعد مضيها يحصل على شيء جديد ينفق منه ولا شك ان كل هذه الاحكام اذا كان المدين عنده مال سواء كان وافياً بديونه او غير واف بها فان ثبت لدى القاضي انه لا يملك شيئاً منع الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته فوجب انظاره لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة)

﴿ الحجر على صاحب الغفلة ﴾

صاحب الغفلة هو الشخص الذى لا يهتدي الى التصرفات الرائجة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته وهذا لا يحجر عليه ايضاً عند الامام الاعظم وقال الصاحبان ومن وافقهما يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظراً له ولانه كان فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم رجل يسمى منقذ بن عمرو وكان يغبن فى البيع فرفع اهله امره الى النبي طالبين الحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم بل أحضره ونهاه عن البيع فقال يا نبي الله انى لا اصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك له فبايع وقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثا فلو لم يكن الحجر مشروعا لما أقرهم على هذا الطلب والامام الاعظم يقول ان هذا الحديث لا يدل على الحجر بل على عدمه لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم الى طلبهم وانما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه ومذهب الصاحبين ظاهر المراد والدليل العقلي يشهد له وكذا الدليل النقلي بعد تأمل اللبيب فى مغازى الحديث

الفصل الثاني

(في سن التميز والمراهقة والبلوغ)

لما كان للصبي والصبية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما وزمن الصبا ليس في حكم واحد بيّن الفقهاء أطوار الصبا ليبنوا على كل طور منها الاحكام المناسبة له فجعلوا أدوار الولد سواء كان مذكراً او مؤنثاً قبل البلوغ ثلاثة الدور الاول عدم التميز — الدور الثاني دور التميز — الثالث المراهقة فما دام الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثاً لم يبلغ سبع سنوات يكون في الدور الاول وفي هذه المدة لا تصح جميع تصرفاته ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً لان صحة العبارة تبنى علي التميز ولا تميز عنده فتلغو جميع تصرفاته كالمجنون ولو فرض أن لبعض الصبيان تميزاً جيداً لم يعتبر ايضاً اذ المدار على بلوغ هذا السن لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض عنده ذلك التميز لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية

ومادام الولد في هذه المدة لا ينزع من الحاضنة ويسلم للاب لانه في هذا الدور يحتاج الى من يقوم بخدمته وتربيته ولاشك ان الام او غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشؤونه ما دام كذلك فتكون مصلحته في البقاء عندها

فاذا بلغ سبع سنين فقد دخل في الدور الثاني فيعتبر مميزاً وحينئذ تكون له احكام تخالف احكامه في الدور الاول فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة والصدقة وان لم يجزها الولي او الوصي وتتوقف عقوده الدائرة

بين النفع والضرر كالبيع والشراء على اجازة الولى أو الوصى وتلغو عقوده المضرة له ضرراً محضاً كالهبة والوصية وكل من البيع والشراء وان وقع فى بعض الاحايين نفماً محضاً بان باع شيئاً بضعف قيمته أو اشترى شيئاً بنصف قيمته مثلا الا ان العبرة بأصل الوضع دون ما يعرض باتفاق الحال وكل منهما في أصل وضعه متردد بين النفع والضرر بخلاف الهبة لانها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر الى ما يعرض لها فى بعض الاوقات من انها قد تكون نفماً محضاً بحسب ما يترتب عليها لان الفقه انما يبنى على المظان الكلية

ومتى بلغ الولد هذا السن فان كان مذكراً انتهت مدة حضانته فيؤخذ من الحاضنة ويسلم الى أبيه وان كان مؤنثا تترك عندها الى ان تبلغ تسع سنوات فتنزع منها وتسلم الي الاب والسبب فى ذلك ان الولد له حقوق على الوالدين ومن حقوقه مراعاة مصلحته ومصلحته تقتضي ذلك اذ الولد متى صار مميزا واستغنى عن خدمة النساء دخل فى دور الاستعداد لما يلزمه فى مستقبل الايام فان كان مذكراً سلم الى الاب لينظر فيما هو مستعد له من تعلم علم او صنعة ويوجهه اليه اذ هو اقدر من الحاضنة على ذلك وان كان مؤنثاً احتاجت الى تعلم الامور المنزلية التي ستكلف بها فى مستقبل الايام ولا شك ان الحاضنة أقدر على هذه الاشياء من الاب أو غيره من العصبات

ومتى بلغ المذكر اثنتي عشرة سنة والانثى تسع سنين كان كل منهما مراهقاً اى مدانياً للحلم فالمراهقة القرب من الشيء يقال رهقه رهقاً اى دنا منه ومن هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام « اذا صلى احدكم الى سترة فليرهقها »

فان ادعى كل منهما البلوغ بالاحتلام وكان الظاهر لا يكذبه بأن كان

بحال يحتلم مثله فيها قبل قوله لانه امر لا يوقف عليه الا من جهته فيقبل فيه قوله كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض ولكن عند ما يدعى البلوغ يسأله القاضي ويستفسر منه عن كل شيء يوصله الى الحقيقة احتياطاً كما هو الشأن في كل دعوى لأنه من الجائز ان يلقن الاقرار لفائدة تعود على الملقن كما هو شأن كثيرين في هذا الزمان ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضي كانت احكامهما احكام البالغين — انظر مادة (٤٩٤)

فقد علمت انه متى بلغ سن الغلام اثنتي عشرة سنة والانثى تسع سنين فقد دخل كل منهما في دور يحتمل ان يبلغ فيه ولذا يقبل قوله اذا ادعاه بالطريقة المتقدمة. والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والانوثة فبالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الانزال او بالانزال باى سبب كان او بالاحبال والاصل هو الانزال فان الاحتلام لا يعتبر الا معه والاحبال لا يتأتى الا به وبالنسبة للانثى يعرف بالحيض او الحبل او الاحتلام مع الانزال فان ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما وان لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما الا بالسن اتفاقاً ولكن اختلفوا فى مقدار ذلك السن فقال الامام الاعظم هو للغلام ثماني عشرة سنة وللانثى سبع عشرة سنة وقدره الصاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما. واستدل الصاحبان بما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه قال «عرضت على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يوم أحد وانا ابن اربع

(مادة ٤٩٤) سن التمييز للولد سبع سنين فاكثر فاذا بلغ سن الغلام سبع سنين ينزع من الحاضنة وتنتهى مدة حضانته وفى الانثى تنتهي ببلوغها حد الشهوة وقدر بتسع سنين وهو سن المراهقة لها وسن المراهقة للغلام اثنتا عشرة سنة

عشرة سنة فلم يجزني» اى فى المقاتلة« وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فأجازني» فالظاهر انه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بلغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان البلوغ لا يتأخر عن هذا السن عادة وهو احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه. واستدل ابو حنيفة بقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن حتى يبلغ اشده) واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس وقيل اكثر من ذلك فاقل ما قيل هو المذكور فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فزدنا فى حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة فيقوى فيه وقول الصاحبين هو المفتى به — انظر مادة (٤٩٥)

ومتى ثبت بلوغ الولد سواء كان مذكراً او مؤنثاً باحدى العلامات المتقدمة او بالسن فاما ان يكون كل منهما غير عاقل او عاقلا وان كان عاقلا فاما ان يكون رشيداً أي محسناً للتصرف فى ماله او لا. فان كان غير عاقل بان كان مجنوناً او معتوهاً فلا تزول عنه الولاية بل يكون صاحب الولاية على النفس والمال متصرفا كما كان قبل البلوغ وان كان عاقلا ولكنه غير محسن للتصرف في ماله زالت عنه الولاية على النفس من حيث الزواج وبقيت ولاية المال ويترتب على هذا ان الولد له ان يزوج نفسه بدون مدخل للولى ولكن المقام فيه تفصيل

(مادة ٤٩٥) بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الانزال فان لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغهما اذا بلغا من السن خمس عشرة سنة

وبيانه ان الولد ان كان مذكراً فله ان يتزوج من شاء وليس للولى حق الاعتراض وان كان مؤنثاً فان زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل نفذ العقد ولزم وليس للولى حق الاعتراض ايضاً لانه لا يلحقه ضرر في هذه الحالة وان تزوجت بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل كان للولى العصبة حق الاعتراض على الزوج فاما ان يتم مهر المثل واما ان يرفع الولى الامر الى القاضي ليفسخ العقد وان تزوجت بغير كفء ولو كان المهر اكثر من مهر المثل كان العقد غير صحيح الا اذا رضى الولى قبل العقد بزواجها منه وقد تقدم لك هذا المقام بما لا مزيد عليه فى شرح مادتى (٥١ و ٥٢) فارجع اليه ان شئت — وأما الولاية على المال فلا تزول فى هذه الحالة بل تبقى مستمرة الى أن يظهر رشده ولو بلغ من السن مابلغ عند الصاحبين وقال الامام تستمر الى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة مالم يؤنس رشده قبلها فيسلم اليه ماله ولو كان مبذراً وقد عرفت هذا المقام في شرح مادة (٤٧٨) وان كان عاقلا محسناً للتصرف في ماله زالت عنه الولايتان — انظر مادة (٤٩٦)

واذ كان الولد قبل البلوغ لا يمكنه أن يميز الضار من النافع له تماماً لنقص عقله نظر اليه الشارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم فلم يجعل له تصرفاً في نفسه بل حكم بان يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه

(مادة ٤٩٦) اذا بلغ الصبي والصبية رشيدين تزول عنهما ولاية الولى أو الوصي ويكون لهما التصرف فى شؤون أنفسهما ولا يجبران على النكاح الا اذا كان بهما عته أو جنون ولا تزول عنهما ولاية الولى أو الوصي فى المال بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد وحسن التصرف فى المال

فى هذا الدور وهى الام فاذا بلغ سن التميز وذلك هوالدور الثاني فان كان مذكراً سلم الى الاب ليعدّه الى ما ينفعه في مستقبله وان كان مؤنثاً أقام عند الام سنتين لتستعد فيهما الى ماهي مطالبة به فى المستقبل و بعدهما تسلم للاب لقدرته على صيانتها بعد بلوغها حد الشهوة ولهذا لا يخير الولد قبل البلوغ سواء كان مذكرا أو مؤنثاً ليقيم عند من يختاره منهما بل يكون عند كل واحد منهما في الدور الذى رأي الشارع فيه مصلحته ولو خالف رأيه لان رأيه غير معتد به والشارع حكيم وضع الاشياء فى محلها — انظر مادة (٤٩٧)

فاذا بلغ الغلام فاما أن يكون غير مأمون على نفسه واما أن يكون مأموناً فان كان الاول فلا خيار له أيضاً بل يبقي عند الاب اذ هو أقدر على ملاحظته وصيانته وان كان الثانى خير فى الاقامة وحينئذ تتبع مشيئته فان اختار الاقامة عند أحد أبويه أجيب الى طلبه وان رغب الانفراد اتبعت رغبته — انظر مادة (٤٩٨)

وان بلغت الانثى فاما ان تكون ثيباً واما ان تكون بكراً فان كانت ثيباً فحكمها حكم الغلام وان كانت بكراً فاما ان تكون مأمونة على نفسها أولا فان لم تكن مأمونة فلا خيار لها بل تلزم بالاقامة عند الاب ان كان موجوداً فان لم يكن فالجد ثم العصبات بالترتيب اذا كانوا مأمونين عليها وان كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخير أيضاً بل تلزم بالمقام عند

« مادة ٤٩٧ » لا خيار للولد بين أبويه قبل البلوغ ذكراً كان أو أنثي

« مادة ٤٩٨ » اذا بلغ الغلام رشيداً وكان مأموناً علي نفسه فله الخيار بين أبويه فان شاء أقام عند من يختاره منهما وان شاء انفرد عنهما

من ذكروا واما اذا صارت مسنة بان صارت عجوزاً شوهاء كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن فى كتب اللغة وكانت عفيفة فلا تجبر على الاقامة عندهم بل يتبع رأيها وانما اختلف حكم البكر والثيب لان العار الذى يلحق الاقارب من وقوع مايشين عرض البكر أسوأ مما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الاعراض فوق كل محافظة — انظر مادة (٤٩٩)

الباب الثالث

(في الهبة)

الفصل الاول فى اركان الهبة وشرائطها

اعلم ان العقد وان كانت اقسامه كثيرة الا انه يمكننا ان نقسمه بحسب المراد هنا الى اربعة أقسام لانه اما ان يكون بعوض او بغيره وعلى كل فاما ان يكون وارداً على تمليك نفس الشيء واما ان يكون وارداً على تمليك المنفعة فان ورد على تمليك الشيء وكان بعوض فهو بيع وان ورد على تمليك المنفعة وكان بعوض أيضاً فهو اجارة وان ورد على تمليك الشيء بغير عوض فهو الهبة وان ورد على المنفعة بغير عوض سمى اعارة والموضوع الآن هو الهبة ومن حيث ان كل عقد لابد له من تعريف واركان وشروط وحكم والهبة عقد فتحتاج الى ذلك

« مادة ٤٩٩ » اذا بلغت الانثى مبلغ النساء فان كانت بكراً شابة أو ثيباً غير مأمونة فلا خيار لها ولابيها اوجدها ضمها اليه وان كانت بكرا ودخلت فى السن واجتمع لها رأى وعفة أو ثيباً مأمونة على نفسها فليس لاحد من أوليائها ضمها اليه

﴿ تعريف الهبة ﴾

الهبة لها معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح فمعناها فى اللغة هو التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً أى سواء كان مالا او غير مال بدليل قوله تعالى (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال جل شأنه (يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور او يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما انه عليم قدير) ولما كان التفضل على الغير مأخوذاً فى مفهومها لغة كانت من صفات الكمال ولذا وصف الله تعالى بها نفسه فقال (ام عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهاب) ومن باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور على الموهوب له وتوثيق عرا المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » والفعل يتعدى بنفسه وباللام وبمن فيقال وهبه كذا ووهب له ومنه كما ورد التصريح بذلك في احاديث كثيرة وهي فى الاصل مصدر محذوف الاول عوض عنه هاء التأنيث فاصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها

ومعناها فى اصطلاح الفقهاء تمليك العين فى الحال مجانا ومن القواعد المقررة ان التعريف يجب ان يكون جامعاً لجميع افراد المعرف مانعاً من دخول الغير فيه وهذا التعريف كذلك فان العقود التى تدخل فى شىء من هذا التعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه اذ الوصية وان كان فيها تمليك العين مجانا لكن ليس التمليك في الحال بل هو مضاف الى ما بعد الموت والاجارة وان كان فيها التمليك الا انه وارد على المنفعة ومع ذلك فهو بعوض وهو الاجرة

والتمليك فى البيع ليس مجانا بل هو في مقابلة الثمن وليس التمليك فى العارية وارداً على العين بل على المنفعة وبهذا ظهر ان التعريف مانع من دخول غير المعرف فيه وهو جامع لجميع افراد المعرف ايضاً لان الظاهر ان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٨)

﴿ اركان الهبة ﴾

اركان كل عقد اثنان وهى الايجاب والقبول فالايجاب هوما صدر اولا من كلام أحد المتعاقدين والقبول هو ما صدر ثانيا من كلام الآخر ومن حيث ان الهبة عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط للايجاب في كل عقد الفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعين العقد وينبني على ذلك انه اذا قال شخص لآخر وهبتك هذا الشيء او ملكته لك بدون مقابل أو جعلته لك أو أعمرتك كذا او اطعمتك هذا الطعام وما فى معنى هذه الالفاظ كان كل ذلك هبة لان وهبت صريح فيها وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع الا ان قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفى غيرها ولان اللام في قوله جعلته لك للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ولم يشترط بدلا ولقوله عليه الصلاةوالسلام «من أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده» ولان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يراد به التمليك بغير عوض وليس هذا سوى الهبة بخلاف ما اذا اضيف الى شيء ينتفع به مع بقائه مثل أطعمتك هذه الارض فيكون المراد به ما يستغل منها فيحمل على العارية وكما انه لا يشترط للايجاب الفاظ مخصوصة فكذلك القبول

فاذا صدر من الموهوب له بعد الايجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به مثل قبلت اواخذت او رضيت اعتبر ذلك قبولا بل اللفظ غير شرط اذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض .ولا يكون القبض معتبراً يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها وهو الملك الا اذا كان باذن المالك والاذن تارة يثبت نصاً وصريحاً وتارة يثبت دلالة وان كان الحكم ليس واحداً لان الواهب اما ان يأذن الموهوب له بالقبض صريحاً كاقبضه او ينهاه عن قبضه او يسكت فان كان الاول وقبضه في المجلس او بعد الافتراق عنه صح القبض وان كان الثاني فلا يصح سواء كان فى المجلس او بعده وان كان الثالث فان قبضه فى المجلس صح وبعده لا يصح – والقبض يكون فى كل شيء بما يناسبه فهو يختلف باختلاف الموهوب لانه ان كان منقولا وليس داخل شيء يكون بأحد أمرين وهما المناولة والتخلية وان كان داخل شيء كما اذا كان فى صندوق مثلا يكون بدفع المفتاح الى الموهوب له ان لم يكن مفتوحاً وان كان عقاراً فلا يتأتي الا بالتخلية وهي ان يخلي الواهب بين الموهوب والموهوب له على وجه يتمكن من قبضه بان لا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه وبعضهم يقول القبول ليس بركن فى الهبة ولكن الظاهر انه ركن كباقي العقود فلا تتم بدونه — انظر مادة (٥٠٠)

﴿ شروط الهبة ﴾

من المعلوم انه لا يتأتى وجود أي عقد الا اذا كان هناك عاقدان

« مادة ٥٠٠ » تصح الهبة بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له والقبض يقوم مقام القبول

ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم لصحته فشروط الهبة انواع منها ما يرجع الى الواهب ومنها ما يرجع الى الموهوب ومنها ما يرجع الى الموهوب له ومنها ما يرجع الى نفس الركن فالشروط التي ترجع الى نفس الواهب هي ان يكون من اهل التبرع ولا يكون كذلك الا اذا كان حراً عاقلا بالغاً مالكا للموهوب لان الرقيق لا يملك شيئاً فلا يتأتى ان يملك ولان عبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تنبنى على التميز وهو غير مميز والمعتوه مثله فى الهبة لانها من التصرفات المضرة له ضرراً محضاً ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات والصغير ان كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزاً فالهبة من العقود الضارة وهى لا تصح منه وانما اشترطوا ملك الواهب للموهوب لان تمليك ما ليس بمملوك له باطل ولكن هذا ليس شرطاً للصحة بل هو شرط للنفاذ اذ لو وهب شخص ملك غيره صحت الهبة وكانت موقوفة على اجازة المالك فان شاء ألغاها وان شاء أمضاها انظر مادة (٥٠١)

والموهوب له لا يملك الا بالقبض وقال الامام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية يثبت الملك له قبل القبض كالمشتري فانه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحاً نافذاً لازماً وعلى هذا الخلاف الصدقة . واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام «لاتجوز الهبة الامقبوضة» والمراد نفي الملك لا أصل الجواز وبقول سيدنا أبي بكر الصديق للسيدة عائشة رضى الله عنهما فى مرضه

« مادة ٥٠١ » يشترط فى صحة الهبة أن يكون الواهب حراً عاقلا بالغاً مالكا للعين التى يتبرع بها

كنت نحلتك جداد عشرين وسقا مما لى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز وفرقوا بين الهبة والوصية اذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع ان كلا منهما عقد تبرع بان المتبرع في الوصية قد مات والورثة ليسوا متبرعين بخلاف الهبة فليس فيه الزام المتبرع بما تبرع به ولا يكون القبض معولا عليه الا اذا كان كاملا ولا يكون كذلك الا اذا كان الموهوب متميزاً عن غيره بان يكون غير مشاع اذا كان مما يحتمل القسمة ولا يكون متصلا بغيره كما يأتي لك ايضاحه فى شرح مادة (٥٠٧) ولكن محل اشتراط القبض فى الملك اذا لم يكن الموهوب في يد الموهوب له فلو كان مقبوضا في يده وقبل الهبة لم يحتج الى قبض جديد سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديعة والاجارة والعارية أو مضمونا سواء كان مضمونا بنفسه كالمغصوب او بغيره كالمرهون لان القبض ثابت فيها وهو الشرط المطلوب فلا حاجة الى تجديده بعد الهبة والفرق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره ان الاول يجب على من هو تحت يده ان يرده الى مالكه مادام موجوداً فاذا هلك او استهلك تلزم قيمته بالغة مابلغت وأن الثانى اذا هلك بدون تعدّ لا تلزم قيمته بل شيء آخر وهو بالنسبة للرهن الاقل من قيمته ومن الدين

فقد علمت ان هذا الشرط وهو القبض ليس شرطا لصحة الهبة وانما هو شرط لملك الموهوب له فهو وان كان راجعاً الى الموهوب لكنه ليس لصحة الهبة اما الشروط التى يلزم وجودها في الموهوب لصحة الهبة فهي أن يكون

موجوداً وقت العقد فلو وهب ما تثمر نخيله العام أو ماتلد اغنامه السنة ونحو ذلك لم تصح الهبة . وان يكون مالا متقوماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالميتة والخنزير ولا ما ليس بمتقوم كالخمر . وان يكون مملوكا فى ذاته فلا تجوز هبة المباحات لان تمليك ما ليس بمملوك باطل

وأما يلزم وجوده لصحة الهبة فى الموهوب له فهو كونه موجوداً وقت الهبة فلو وهب لابنه فلان وليس له ابن كانت لاغية ولو ولد له بعد ذلك

وأما يلزم وجوده من الشروط لصحة الهبة في الركن فهو ان يكون منجزاً فلا تصح الهبة المعلقة على شرط ولكن هذا فيه تفصيل لان مدلول فعل الشرط ان كان محققاً وقت التكلم به صحت الهبة وان كان غير محقق أى تارة يحصل وتارة لايحصل فلا تصح . وان يكون غير مضاف الى زمن مستقبل فلو قال وهبت هذا الشيء لك بعد شهر مثلا لم تصح الهبة — واما اقتران الهبة بشرط فينظر فيه ان كان الشرط ملائماً كما اذا قال وهبتك هذا على ان تعوضنى كذا صحت الهبة والشرط وان كان الشرط غير ملائم صحت الهبة وبطل الشرط

﴿ حكم الهبة ﴾

حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الاثر المترتب عليه فتى حصل عقد الهبة مستوفيا شرائطه ترتب عليه الحكم وهو أنها لاتفيد الملك قبل القبض وبعده تفيده غير لازم ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها وان كره تحريماً كما

ستعرفه في باب الرجوع فى الهبة وهى مخالفة لباقى العقود كالبيع والاجارة لان كلا منهما متى كان صحيحاً نافذاً لازما فلا يجوز الرجوع فيـه — انظر مادة (٥٠٢)

فقد علمت من الشروط ان الواهب متي كان أهلا للتبرع بان يكون حراً عاقلا بالغا مالكا للموهوب صحت الهبة ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع ماله او لا تصح الا اذا كان الموهوب بعض المال ولنبين لك ذلك حتى تعرف الاحكام فنقول — الشخص ان كان اهلا للتبرع فاما ان يكون صحيحا واما أن يكون مريضا مرض الموت فان كان الاول فله ان يهب ما شاء لمن شاء وحينئذ تكون هبته صحيحة ولو استغرقت جميع ماله سواء كان الموهوب له اجنبيا منه أو قريبا له وسواء كان القريب اصلا له او فرعاً او غيرهما وسواء كان موافقاً لدينه او مخالفاً له بشرط جواز بره فيؤخذ من هـذا انه اذا وهب جميع امواله وهو فى حال الصحة لبعض اولاده تاركا البعض الآخر يندب حظه صح ذلك فلا يعارضه أحد وكل هـذا منصوص عليه ولـكن في هذا من الاجحاف ببعض الاولاد مالا يخفى ولذا قالت العلماء انه يكون آثماً بهذا العمل ان قصد به الاضرار فيعاقب عليه فى الآخرة ولا ينقض تصرفه ولما نظر بعضهم الى ان العقاب الاخروى لا يفيد من لم يأخذ شيئاً قال يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثاً لكل الورثة وهو ظاهر

«مادة ٥٠٢» لا يثبت ملك العين الموهوبة الا بقبضها قبضاً كاملا كما هو مبين فى (مادة ٥٠٧) وان كانت فى يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبض جديد بشرط القبول

لمراد فاذا كان هذا حاله بالنسبة لاعطائه بعض الاولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع ان الآخر قريب الى الشفقة على اخوته فيعطيهم من هذا المال شيئاً او يلزم بنفقتهم ان احتاجوا الى ذلك فما بالك اذا وهب جميع ماله الاجنبي لا شك فى ان يكون اقوى من هذا فى المنع ولم أرلهم غير هذا البحث به ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول ان الشخص اذا وهب جميع ماله لغيره وسلمه له وامتنع عن الرجوع فى الكل او البعض فأصبح بذلك كلا على غيره يتكفف الناس لمعيشته الضرورية فهل يقال انه بهذا الفعل يكون سفيهاً ويحجر عليه ويكون الحجر من وقت السفه على مذهب الامام محمد فتاني هذه الهبة وترد له امواله من الموهوب له اولا يقال ذلك . انظر فلملك توافق

وان كان الثاني وهو ما اذا كان مريضاً مرض الموت فاما ان تكون الهبة لوارث او لغير وارث وعلى كل فاما ان تكون بأقل من الثلث او به او باكثر وعلى كل فاما ان تجيزها الورثة اولا فان كانت الهبة لوارث فلاتنفذ الا باجازة بقية الورثة ولو كانت بأقل من الثلث وان كانت لغير وارث فان كان الموهوب أقل من الثلث او الثلث نفذت وان لم تجز الورثة وان كان اكثر منه فلا تنفذ فى الزائد الا باجازتهم وسيأتى ذلك مفصلا باسبابه وحكمه فى تصرفات المريض — انظر مادة (٥٠٣)

وقد عرفت من الكلام على اركان الهبة ان الايجاب فيها ليس له لفظ

(مادة ٥٠٣) يجوز لكل مالك اذا كان أهلا للتبرع أن يهب في حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أو فرعاً أو قريباً أو أجنبيا منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه

مخصوص بل الغرض الاتيان بما يدل على معناها وهو التمليك بغير عوض ولذا قال الفقهاء ان العمرى من الالفاظ التى تنعقد بها الهبة بخلاف الرقبى والعمرى فى اللغة بضم العين اسم مصدر من الاعمار يقال اعمرته الدار عمرى اي جعلتها له يسكنها مدة عمره وفى الشريعة جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط ان يردها على المعمر او على ورثته اذا مات المعمر له او المعمر وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية متبعين ما اشترطوه فجاء الشرع الاسلامى وابطل الرد على المعطي اذا مات الآخذ او على ورثته اذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهي لمعمره في حياته وموته لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » ولان معنى العمرى التمليك في الحال وجعلها له مدة عمره فاذا مات ترجع اليه فصح التمليك و بطل الشرط لقولهم ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط . والرقبي بضم الراء اسم مصدر من المراقبة وهى فى اصطلاح الفقهاء ان يقول شخص لآخر دارى لك رقبي ان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهي لي اي فكأنه قال ارقب حياتى فاذا مت وانت حي فهى لك فيكون فيها تعليق التمليك بالشرط فلا يصح ولذا كانت غير جائزة بمعنى انها لا تفيد الملك للمرقب له بدليل الحديث المتقدم الذي فيه «لا ترقبوا من ارقب شيئاً فهو سبيل الميراث» اى فطريق الشيء المرقب طريق الميراث عن المرقب بكسر القاف واذا لم تصح الرقبي بهذا المعنى تكون عارية فاذا سلمها اليه جاز له الانتفاع بها فظهر مما تقدم ان الفرق بين العمرى والرقبي هو ان العمري وجد فيها التمليك فى الحال واشترط الرد فى المآل والرقبي علق فيها التمليك بالشرط وهو موت المرقب والمرقب له حي فتكون

كالوصية وانما لم يجعلوها مثلها لانه لم يعلقها بمطلق موته كالوصية بل بشرط ان يموت والمرقب له حي كذا قالوا وانت خبير بان هذا الفرق غير ظاهر لان الموصى به لايملكه الموصي له الا اذا مات الموصى وهو حي فالشرط موجود وان لم يصرح به اللهم الا اذا كان هناك فرق بين التصريح بالشيء وعدم التصريح به وان كان ثابتاً في نفسه. وقال ابو يوسف الرقبي صحيحة فتفيد الملك في الحال ويبطل الشرط ولكن قال العلماء ان هذا الاختلاف مبني على الاختلاف فى تفسير الرقبي فالامام ومحمد فسراها بما تقدم وهو تعليق الملك على الموت والمرقب له حي وابو يوسف فسرها بانها تمليك للحال واشترط الاسترداد بعد الموت فتكون كالعمرى فلو نظر كل منهما لما نظر اليه الآخر لقال بما قال فلا خلاف فى الحقيقة لان اللفظ صالح للمعنيين — انظر مادة (٥٠٤)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(فيما تجوز هبته وما لا تجوز)

اعلم ان الموهوب اما ان يكون غير مشاع وغير متصل بغيره واما ان يكون مشاعاً أو متصلا بغيره والمشاع اما ان يكون غير قابل للقسمة او قابلا

(مادة ٥٠٤) العمرى جائزة للمعمر له ولورثته من بعده وهي جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته اذا مات المعمر له أو المعمر ونحوه قوله أعمرتك داري هذه حياتك أو وهبتك هذه العين حياتك فاذا مت فهي لورثتي فتصح ويبطل شرط الرد على المعمر أو ورثته والرقبي غير جائزة بمعنى عدم افادتها الملك وهو ان يقول داري لك رقبي ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي ومن أرقب شيئا فهو لورثته واذا لم تصح تكون عارية

لها والمتصل بغيره اما ان يكون اتصال خلقياً او اتصال مجاورة وكل له حكم يخصه واليك البيان

اذا كان الموهوب غير مشاع وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب أو أرض ليست مشغولة بزرع او غرس مثلا صحت الهبة وملكت بالقبض

واذا كان الموهوب مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس او نصف حمام او بيت صغيرين كان حكمه كحكم غير المشاع من انه يفيد الملك بالقبض ولكن لا بد لصحة الهبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف والربع والسدس مثلا فلو كان غير معلوم القدر كما اذا وهبه نصيبه من هذا البيت مثلا وهما لا يعلمانه لم تكن الهبة صحيحة

واذا كان الموهوب مشاعاً فيما يحتمل القسمة كنصف بيت او حمام كبيرين او عشرة أفدنة من الارض كانت الهبة صحيحة غير تامة على الصحيح وان كان بعضهم يقول انها فاسدة وعلى كل فلا تفيد هبته الملك بالقبض مشاعاً فى غير الموهوب بان يقبض الكل بل لا بد لذلك من القسمة وافراز الموهوب من غيره وينبنى على ذلك ما يأتى — أولا اذا تصرف فيها الواهب ببيع اوغيره نفذ تصرفه ولا يكون للموهوب له حق في المعارضة — ثانياً للواهب استردادها من الموهوب له وهذا الحق وان كان ثابتا للواهب ولو الهبة صحيحة تامة ويكون ذلك بالرجوع فيها ولكن لا يشترط في هذه الحالة مايشترط فى صحة الرجوع من التراضى أو قضاء القاضى فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد وتمكن الموهوب له منه ولم يفعل كان عليه الضمان واذا مات

الواهب قبل الاسترداد ثبت هـذا الحق للورثة كما كان ثابتا لمورثهم ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب — ثالثا اذا هلك الموهوب عند الموهوب له أواستهلكه كان للواهب الحق في أخذ البدل منه — رابعاً اذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلا فلا ينفذ تصرفه . وبعضهم يقول الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض ومن باب أولى ما اذا كانت صحيحة غير تامة كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة وافتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب لان الموضوع ان القبض باذنه

والفرق بين المشاع الذى لايحتمل القسمة والذى يحتملها ان الاول هو الذى يضره التبعيض ولا يبقى منتفعاً به أصلا بعد القسمة او لايبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبلها.وأن الثاني هو الذى لايضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبلها فالشيء الذى لايبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلا كالحيوان والذى يكون منتفعاً به بعدها انتفاعاً يخالف الانتفاع الاول مثل البيت والحمام الصغيرين فان البيت الصغير اذا قسم ربما ينتفع به مخزنا أو مربطا او حانوتا ولكنه لاينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق وكذا الحمام الصغير اذا قسم يمكن ان يجعل بيتاً أو حانوتاً مثلا ولكن لايبقى حماماً كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمام الكبير الذى يمكن أن يقسم ويجعل له موقد ثان فهو مما يقسم واحتياجه الى موقد ثان لايخرجه عن كونه قابلا للقسمة حيث امكن ان يتخذ له كالمقسم الذى يحتاج الى طريق او مسيل ويمكن فيه ذلك فانه قابل للقسمة

وقال الامام الشافعي ان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها

صحيحة لان الهبة عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعاً لا ينافى الملك فى الشيوع مثل الوصية وتسليمه ممكن إما بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة

واستدلت الحنفية على ان الموهوب لابد أن يكون مقسوماً أو مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة بان القبض منصوص عليه فى الهبة بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة الا مقبوضة » فلا تتم الا به والقبض انما يكون فى المقسوم وكذا فى المشاع الذى لا يقسم لان قبض كل شىء بحسبه والمشاع الذي لا يقبل القسمة لايكون قبضه الا مشاعا فاكتفي به وتمت الهبة أما المشاع الذى يقبل القسمة فانه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملا اذ هو المطلوب لان القبض ثبت مطلقاً والمطلق يتناول الكامل فقط والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشىء فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامه لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع فما لم تجتمع لا يصير محرزاً ويكون احرازه ناقصاً فلا ينهض لافادة الملك ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل الى أحد المذهبين وبعضهم يقول ان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامة فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك وخصصها بعضهم بغير الشريك مستدلا بتصور قبض الشريك مع الشيوع لان نصيبه فى يده فيمكنه قبض النصيب الثانى مشاعاً بخلاف غير الشريك وهو الظاهر ولذا قال بعضهم انه المختار وان كان اكثر الكتب على خلافه

والشيوع المانع من تمام القبض فى الهبة هو الشيوع المقارن للعقد كهبة نصف البيت الكبير او استحقاق بعض الموهوب أما الشيوع الطاريء فلا يترتب عليه شيء لانه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئاً فرجوع الواهب في بعض الهبة لا يضر لطرو الشيوع ومن الشيوع الطارىء مالو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة بطلت الهبة في الثلثين وبقيت فى الثلث — انظر مادتي (٥٠٥ و ٥٠٦)

واذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب فاما ان يكون شاغلا او مشغولا وعلى كل فاما ان يكون الاتصال خلقياً او اتصال مجاورة فان كان الاتصال خلقيا فلا تصح الهبة ولا تفيد الملك بالقبض سواء كان الموهوب مشغولا بغيره او شاغلا له مالم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له او يسلطه على فصله وقبضه ويفصله الموهوب له ويقبضه بالفعل فاذا كان لشخص ارض وله فيها زرع فلا تصح هبة الارض بدون الزرع ولا الزرع بدون الارض الا

(مادة ٥٠٥) هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة صحيحة تفيد الملك بقبضها بشرط أن يكون الموهوب معلوم المقدار والمشاع الذي لا يقبل القسمة هو الذي يضره التبعيض ولا يبقى منتفعاً به أصلاً بعد القسمة أولا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى قبلها

(مادة ٥٠٦) هبة المشاع الذى يحتمل القسمة لا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك الا اذا قسم الموهوب وسلم مفرزاً عن غير الموهوب لا متصلا به ولا مشغولا بملك الواهب. والمشاع الذي يحتمل القسمة ما لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبله

بالشرط المتقدم لان الارض مشغولة بالزرع وهو شاغل لها والاتصال خلقي ومثله الثمر على الشجر والسبب في ذلك ما تقدم في هبة المشاع لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة احدهما بدون الآخر كهبة مشاع فيما يحتمل القسمة

وان كان الاتصال اتصال مجاورة فان كان الموهوب مشغولا بغيره فلا تصح هبته الا بفصل الموهوب من غيره وتسليمه بالفعل وان كان الموهوب شاغلا لغيره جازت هبته وحده اذا قبضه ولو كان القبض بالتخلية فلا يشترط فيه التميز فاذا كان لشخص بيت فيه متاع له فلا تصح هبة البيت وحده الا باخلائه وتسليمه الى الموهوب له لانه مشغول بما ليس بموهوب فلا يصح تسليمه الا بالاخلاء من المتاع وان وهب المتاع الموجود فيه صحت الهبة وان لم يفصله من البيت لان المتاع شاغل له بل يكتفى فيه بالتخلية وهي ان يخلى الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع منه ومن هـذا القبيل ما اذا وهب الدابة المسرجة بدون سرجها او السرج بدونها اذ الدابة مشغولة والسرج شاغل وانما فرقوا هنا بين الشاغل والمشغول لان استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانا فى القبض بخلاف الدابة فانها تستعمل بدونه هكذا قالوا فانظر وتأمل — انظر مادة (٥٠٧)

(مادة ٥٠٧) اذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب اتصال خلقة وممكنا فصله منه فلا تصح هبته شاغلا كان أو مشغولا ما لم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله ويقبضه بالفعل. واذا كان الموهوب متصلا بملك الواهب

وقد تقدم لك عند الكلام على شروط الهبة ان هبة المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ما هو فى حكمه وذلك كالدقيق في البر والدهن فى السمسم والسمن فى اللبن لان هذا الموهوب كالمعدوم ولذا لا يشار الى الدقيق في البر والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فيكون باطلا حتى لو طحن البر وسلم الدقيق لان الحنطة استحالت وصارت عينا أخرى فلا تملك الا بعقد جديد وكذا غيرها وهذا بخلاف المشاع لانه محل للملك الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بهذه الاشياء لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والثمر فى النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصل وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين — انظر مادة(٥٠٨)

ولا تتوهم من كون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون تامة باتفاق الحنفية ان هبة اثنين لواحد أو واحد لاثنين ما ذكر لا تكون تامة أيضا بل في ذلك تفصيل وبيانه ان هبة اثنين لواحد مشاعا فيما يحتمل القسمة متفق

اتصال مجاورة فان كان مشغولا به فلا تجوز هبته وحده الا بفصله وان كان شاغلا له جازت هبته وحده اذا قبضه ولو بالتخلية بلا فصل. وان قبض الموهوب له العين الموهوبة شائعة بدون فصلها فلا ينفذ فيها تصرفه ويضمنها ان هلكت أو استهلكت ويكون للواهب حق التصرف فيها واستردادها هو أو ورثته ولو كان الموهوب له ذارحم محرم منه

(مادة ٥٠٨) كل ما كان فى حكم المعدوم فلا تجوز هبته أصلا كدقيق في برودهن فى سمسم وسمن فى لبن

على صحتها فتفيد الملك بالقبض لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع وان هبة واحد لاثنين ما ذكر مختلف فيها فالصاحبان يقولان بالجواز والامام الاعظم يقول بعدمه فلا تفيد هذه الهبة الملك بالقبض عنده الا اذا فرز نصيب كل منهما على حدته وسلم اليه واستدل الصاحبان بان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن شيئا عند رجلين بل هذا أولى منه بالحكم لان تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهبة بدليل ان رهن المشاع فيما لا يحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهبة واستدل الامام بأن هذا العقد فيه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل انها لو كانت فيما لا يقسم وقبل أحدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدته لما جاز ذلك فحينئذ ينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصاً فلا يصح اذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم. وهذا الخلاف جار فيما اذا لم يبين نصيب كل واحد منهما اما اذا بين بان قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها فلا تجوز عند الامام وأبي يوسف وقال محمد تجوز ان قبضه فالامام ومحمد جريا على أصلهما المتقدم لان هذا هبة لشخصين فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص ولكن أبو يوسف فرق بينهما بان النص على البعض الشائع يدل على ان قصده ثبوت الملك فيه فلا تجوز بخلاف ما اذا لم ينص على ذلك صريحاً ولا فرق في هذا الحكم بين ما اذا كان الموهوب لهما كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً

ومحل الخلاف المتقدم اذا كان الموهوب لهما غنيين فلو كانا فقيرين

جازت الهبة اتفاقاً أما عند الصاحبين فلا كلام لان الحكم عندهما واحد وفرق الامام بان الهبة للفقيرين صدقة كما ان الصدقة على الغنيين هبة والصدقة يطلب بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه والهبة ليست كذلك فتكون تمليكا من اثنين فلا تجوز ولهـذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالي وهو واحد ولو أوصى بها لاغنياء غير معينين لم تجز — انظر مادة (٥٠٩)

والهبة قد تكون تمليكا فقط وهى هبة الاعيان والدين لغير المدين وقد تكون تمليكا من وجه واسقاطا من وجه وهى هبة الدين للمدين فتمليك الدين تارة يكون للمدين وتارة يكون لغيره سواء كان التمليك بالهبة أو بغـيرها فان كان التمليك للمدين جاز سـواء كان بالهبة أو بغيرها فلو كان بهـا تمت وان لم يقبل المـدين لـما فيها من معنى الاسقاط ولكنها ترتد برده لما فيها من معنى التمليك والابراء كالهبة فيما ذكر ولـكن محـل ذلك اذا لم يكن الدين المبرأ منه بدل صرف أو سلم والا توقف على القبول فاذا وهب الدائن للمدين أحد بدلى الصرف أو أبرأه منه أو أبرأ المسلم اليه رب السـلم من رأس المـال فلا يصح كل من الهبة والابراء الا بالقبول والفرق بين هذين وغيرهما أن سقوط الدين فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحق بعقد الصرف

(مادة ٥٠٩) تصح هبة اثنين لواحد مشاعاً محتملا للقسمة بدون قسمته ولا تصح هبته من واحد لاثنين غنيين الا بعد قسمته وفرز نصيب كل منهما سواء كانا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً فان كانا فقيرين صحت هبة المشاع لهما

والسلم وأحد العاقدين لاينفرد بفسخه فلهذا توقفت الصحة على القبول فيهما لا فى غيرهما فالتوقف علي ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد وهذا لابد فيه من التراضي — انظر مادة(٥١٠)

واذا كان تمليك الدين لغير المدين فلا يصح لانه غير قادر على تسليمه للموهوب له ما دام فى ذمة المدين ولكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل الاولى الحوالة فاذا كان شخص مديناً وله دين عند غيره فاحال دائنه على مدينه بما عليه صح ذلك وان كان فيه ما ذكر ولكن عند التأمل نرى ان هذه الصورة ليس فيها تمليك لقول الفقهاء ان عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك ويرتبون عليه فروعاً كثيرة وينبنى على ذلك ان المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين ولكن لما رضى المحال عليه بالحوالة فقد التزم الدفع له بامر المحيل فاذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما لانه صار مديناً ودائناً لشخص واحد وحينئذ فليس فى الحوالة سوى التسليط على القبض من المحال عليه لا التمليك

الثانية الوصية فاذا اوصى الدائن لغير المدين بالدين صح لان الموصى له خليفة عن الميت فقد سلطه على قبضه بعد وفاته وبهذا رجع الامر الى التسليط بالقبض فى كل الصور ولو أوصى لشخص بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون ملك الموصى له من الدين بقدر وصيته اي تملك المطالبة به وانما يصير ملكا حقيقة اذا صار عيناً بأن قبضه بالفعل

(مادة ٥١٠) هبة الدين لمن عليه الدين تتم من غير قبول وكذا ابراؤه عنه ما لم يرده وهذا اذا لم يكن الدين بدل صرف أو سلم فلو كان أحدهما توقف على القبول

الثالثة اذا وهبه له وسلطه على قبضه وقبضه فعلا لانه في هذه الحالة يصير وكيلا فى القبض عن الآخر ثم اصيلا فى القبض لنفسه ولذا كان للدائن عزله عن التسلط قبل القبض فعلم ان مدار الصحة على التسليط فى هذه الصور فلو وجد فى غيرها صح ايضا — انظر مادة (٥١١)

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ فيمن يجوز له قبض الهبة ﴾

لما كان القبض شرطا في تمام الهبة احتيج الى بيانه وبيان من يجوز له قبض الهبة حتى تتم بقبضه وقد تقدم الاول عند الكلام على اركانها والموضوع الآن هو الثانى فالموهوب له اما أن يكون بالغاً واما ان يكون غير بالغ وغير البالغ اما ان يكون غير مميز واما ان يكون مميزاً وعلى كل فاما ان يكون الواهب له الولاية عليه اولا وكل له حكم يخصه واليك البيان

فان كان بالغا عاقلا كانت ولاية القبض له ولو كان فى عيال الواهب لانه هو المتصرف فى شؤون نفسه فلا يعتبر القبض الا اذا تولاه هو ومن حيث ان كل من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه فله ان يوكل غيره فى قبض الموهوب وحينئذ تتم الهبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له لانه نائب عنه. وان كان صغيراً غير مميز فان كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الايجاب وقام قبضه مقام قبض الصغير. ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما اذا

(مادة ٥١١) هبة الدين ممن ليس عليه الدين باطلة الا حوالة ووصية واذا سلط الموهوب له على قبضه بالتوكيل عنه من المديون وقبضه

كان يملك التصرف في ماله أولا فالاول هو الاب والجد الصحيح والقاضي ووصي كل منهم والثاني غيرهم سواء كان أخاً أو عما او اما او غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله ولو كان ملتقطا الا انه يشترط في صحة قبض الثاني ان يكون الصغير في حجرهم اي كنفهم وتربيتهم وبعضهم يشترط في صحته ايضا عدم وجود الاول مستدلا بأن تصرف الثاني للضرورة لا بالتفويض ولا ضرورة مع وجود الاول والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصحيح المفتى به لان فيه نفعا للصغير خصوصاً وقد وجدت دلالة تفويض الاب مثلا الى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له صحة قبض الصغير بنفسه اذا كان مميزاً ولو كان الاب ونحوه حاضراً — ولكنه يشترط لصحة هذه الهبة وتمامها شروط ثلاثة

الاول ان يكون الموهوب معلوماً فلو كان مجهولا كما اذا قال وهبت له شيئا من مالي لم تصح وهذا الشرط عام في كل هبة — الثاني ان لا يكون مشاعا فيما يحتمل القسمة وقد عرفته في بحث هبة المشاع وهذا الشرط وان كان عاما في كل هبة ايضا الا ان الغرض من الاتيان به في هذه بخصوصها نفي توهم عدم اشتراطه فيها لانه انما اشترط لاجل تمام القبض وهذا في يد ولي القبض فلا يفتقر الى ذلك ولا بأس بهذا التوهم لان فيه نفعا للصغير خصوصا وهبة المشاع غير متفق على عدم تمامها

الثالث ان يكون الموهوب في يد الواهب فلو كان في يد غيره فاما ان يكون مودعا او مستعيراً او مرتهنا او غاصبا او مستأجراً فان كان مودعا او مستعيراً تمت الهبة ايضا وان لم يسترده وان كان مرتهنا او ما بعده فلا تتم الا باستردادها ممن هي تحت يده والسبب في ذلك ان القبض شرط لتمام الهبة

وقد فقد حقيقة وتقديراً بالنسبة للمرتهن ومن بعده لاننا جعلنا يد الولي فيما يهبه للصغير بمنزلة يده اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للصغير فانعدم قبضها الذي هو متمم للهبة فقلنا بعدم التمام ولذا لو استردت منه انتفى التعذر فتتم ومثل المرتهن الغاصب والمستأجر بخلاف ما اذا كان صاحب اليد مودعا او مستعيراً لان يدهما كيد الواهب فهي موجودة تقديراً فتتم الهبة

وان كان الصغير غير مميز أيضاً ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعني المتقدم فلا تتم الهبة بمجرد الايجاب بل لا بد من القبض سواء كان ممن له الولاية على أمواله أولا الا انه لو كان ممن له الولاية على أمواله تمت بقبضه سواء كان في كنفه وتربيته اولا لأن له ولاية التصرف في أمواله وقبض الهبة من التصرف في المال فتتم به مطلقا بخلاف غيره فانه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه لكن لما كان في كنفه كانت له الولاية في الجملة ولذا كان له تأديبه وتسليمه الى صنعة فيصح منه قبض ما وهب له لان فيه نفعاً محضاً للصغير خصوصاً وقد وجدت دلالة التفويض من وليه الى من يعوله ولذا لا يشترط في صحة قبضه عدم وجود الاب ونحوه ممن له ولاية ماله على ماهو الصحيح المفتى به — انظر مادة (٥١٢)

(مادة ٥١٢) هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالايجاب وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب أبا أو أما أو غيرهما ممن يعوله عند عدم الاب بشرط كون الموهوب معلوماً معيناً مفرزاً وكونه في يد الواهب أو في يد مودعه أو مستعيره لا في يد مرتهنه أو غاصبه. وان كانت الهبة لبالغ يشترط قبضه بنفسه

وان كان الصغير مميزاً فان كانت الهبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهبة بمجرد الايجاب أيضاً بالشروط المتقدمة فيما اذا كان الصبي غير مميز وان كانت الهبة من أجنبي فلا تتم الا بالقبض سواء كان بنفسه أو ممن له الولاية عليه فان كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهبة بقبضه وان لم يكن في كنفه وتربيته بخلاف غيره فانه لابد أن يكون ممن يعوله ويكفله لان لمن هو فى يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فيملك ذلك فليس للواهب ان ينزعه من يده بعده

وانما تمت الهبة بقبضه بنفسه ولو مع وجود الولى لانه في التصرف النافع الذى لايحتمل غيره ملحق بالبالغ استحساناً وان كان القياس يقتضي عدم الجواز اذ لا عبرة بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان فى عياله ولو اعتبر بعقله وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولو كانت له حاجة اليه ووجه الاستحسان انه انما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لايتم به نظره فى عواقب أموره لعدم كماله فاذا كان التصرف نفعاً محضاً تعين النظر في نفوذه فينفذ نظراً له لان الردفي التصرف الضار لاجله والتوقف فى المتردد بين النفع والضرر لاجله أيضاً فيرده الولى ان لم ير فيه مصلحة وينفذه ان رآها فوجب ان ينفذ تصرفه النافع له نفعا محضا ويحصل له النفع بطريقين اذ ليس من الحكمة ان تثبت عليه الولاية لغيره نظراً له ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض مع انه من أهله بالتمييز والاختبار

أو قبض وكيله عنه ولو كان فى عيال الواهب

وكما يصح قبول الصبي المميز الهبة يصح منه ردها فلا يصح قبوله بعده والظاهر ان الولي ليس له أن يرد ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة فلو قبل الصبي بعد رده صح ذلك ومحصل هذا ان الهبة لا تتم الا بالقبض ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له بل تارة يكون بقبضه بنفسه أو بوكيله اذا كان بالغا عاقلا وتارة يكون بنفسه أو ممن هو في كنفه وتربيته اذا كان صغيراً مميزاً وتارة يكون ممن يعول الصغير ويكفله فقط اذا كان صغيراً غير مميز — انظر مادة (٥١٣)

ويترتب على هذا ان الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته وان لم تكن له الولاية على أموالها ولكنه مشروط بشرطين الاول ان تكون صغيرة سواء كانت غير مميزة أو مميزة اذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن في جميع تصرفاتها — الثاني ان يكون ذلك بعد الزفاف فلا تتم الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية لان الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف لان الاب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه فيملكه ولو مع وجود الاب ولا شك ان الاب اذا قبضها بنفسه تمت لان النائب اذا كان يملكه فالاصيل من باب أولى — انظر مادة (٥١٤)

(مادة ٥١٣) اذا وهب أجنبي هبة لصبي جاز لكل من هو في حجره قبضها والصبي اذا كان مميزاً فقبضه معتبر ولو مع وجود الاب

(مادة ٥١٤) زوج المرأة الصغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها ولو مع حضرة أبيها وليس له ذلك قبل زفافها ولا بعد بلوغها

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ فى الرجوع فى الهبـة ﴾

اعلم انه بعد تمام الهبة واستيفاء جميع شرائطها قد اختلفوا في صحة الرجوع فيها فقال الامام الشافعى ومن وافقه بعـدم صحة الرجوع الا للوالد فيما يهب لولده وقالت الحنفية بصحته مطلقاً واستدل الامام الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده » وبأن الهبـة ما خرجت عن كونها عقـد تمليك كالبيع فوجب ان تلزم مثله وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضى ضده وانما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده لان اخراجه عن ملكه لم يتم اذ الولد من كسب أبيه قال عليه الصلاة والسلام «انت ومالك لابيك ان اطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » اى مالم يعوض عنها وبعضهم يروى هذا على انه من كلام سيدنا على كرم الله تعالى وجهه والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله وحينئذ تكون اضافتها الى الواهب باعتبار ما كان كما يقال اكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبـة العوض ولهذا يقال الايادى قروض وتأيد ذلك بالشرع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فاذا لم يحصل مقصوده ثبت له الرجوع وهذا مثل المشترى فانه اذا وجـد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن

لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع وأجابت الحنفية عن الحديث الذى استدل به الشافعى بان المراد منه ان الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ للاتفاق وسمى ذلك رجوعاً نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائباً فلو لم يحتج لم يجز له الاخذ وانت خبير بانه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة في تخصيص الهبة بهذا الحكم أو المراد انه لا يحل له الرجوع بطريق الديانة والمروءة فيكون كقوله عليه الصلاة والسلام «لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو» اى لايليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً فى الحكم على انا لا نسلم ان الحديث الذى رواه الشافعى ينافى الرجوع لانه خبر عن قبحه فيكون معناه ان الواهب لايليق به ان يرجع فيما وهب الا الوالد فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام «المؤمن لا يكذب» وقوله ايضا «الزانى لايزنى وهومؤمن» اى لا يليق به ان يكذب او يزنى وهو مؤمن فليس المراد انه ينافى صفة الايمان بل هو قبيح ومع الايمان اقبح فكذا ما نحن بصدده أى انه قبيح من حيث العادة لاالشرع لان الشرع مكنه من الرجوع وأنت بعد ايراد الدليلين لا يخفى عليك ظهور أحدهما والرجوع فى الهبة ثابت ولو صرح الواهب باسقاطه فيعلم من هذا ان الاسقاط لايكون فى كل حق اذ بعض الحقوق لايسقط وان اسقطها صاحبها كهذا والميراث والاستحقاق فى الوقف ولكنهم قالوا فى الاخيرين لا يسقط كل منهما لثبوته جبراً فانظر الاول ولعله لكونه من مقتضيات العقد فلا

يسقط بالاسقاط ومع ذلك فالرجوع عندالقائلين به قبيح ومرتكبه دنئ كما علم من تقرير دليلهم — انظر مادة (٥١٥)

وانما يصح الرجوع فى الهبة اذا لم يكن هناك مانع منه والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم فى قوله

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

واختصر هذا آخر بقوله

ويمنع الرجوع فى فصل الهبه يا صاحبي حروف دمع خزقه

فكل حرف من حروف دمع خزقه يشير الى مانع منها فالدال تشير الى الزيادة والميم لموت أحد المتعاقدين والعين للعوض والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له والزاى للزوجية والقاف للقرابة والهاء لهلاك الموهوب

فالمانع الاول هو الزيادة ولكن ليست كل زيادة في الموهوب مانعة من الرجوع فى الهبة بل الزيادة المتصلة به سواء كانت متولدة من الاصل او غير متولدة أما المنفصلة سواء كانت متولدة أو غير متولدة فلاتمنع الرجوع فيها فعلم ان أنواع الزيادة أربعة لانها اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما أن يكون متولداً من الاصل او غير متولد منه فالمتصلة المتولدة كالثمر قبل جزه

(مادة ٥١٥) يصح الرجوع فى الهبة كلا أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة فى المواد السبعة الآتية

والسمن والغير المتولدة كالبناء والغرس فى الارض والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر بعد قطعه والغير المتولدة كالكسب والغلة ومعنى كونها غير متولدة من الاصل وان كانت ناشئة عنه أنها ليست بدلا عن جزء من الشيء نفسه بل هى بدل المنافع . والمانع منها هى المتصلة بقسميها — والسبب في ذلك ان الرجوع لايصح الا فى الموهوب والزيادة ليست موهوبة فلا رجوع فيها والفصل ليرجع فى الاصل دون الزيادة متعذر فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك فى الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكانت مراعاته أولى عند تعذر الفصل وهذا السبب لا يظهر الا فى الزيادة المتصلة دون غيرها ولكن يشترط فيها زيادة قيمة الموهوب فان ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال المانع منه فان كانت الزيادة من حيث السعر فقط ثبت الرجوع لانه لازيادة فى العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع . وان نقل الموهوب من مكان الى آخر وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ففيه خلاف قال الامام ومحمد ينقطع الرجوع وقال أبو يوسف لاينقطع لان الزيادة لم تحصل فى نفس الشيء فصارت كزيادة السعر .ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل فامتنع وهو الظاهر

وعند ما يرجع الواهب وكانت فى الموهوب زيادة منفصلة أخذ الاصل لا الزيادة حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له في الزيادة ألزم بالانتظار حتي يزول فاذا ولدت الموهوبة فليس له أن يرجع حتى يستغني

الولد عن أمه — انظر مادة(٥١٦)

والمانع الثاني موت الموهوب له أو الواهب بعد قبض الهبة لانه بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كعين أخرى فلا يكون له سبيل عليها واذا مات الواهب فالوارث أجنبي عن العقد اذ هو لم يوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث ولان الشارع أوجبه للواهب — انظر مادة (٥١٧)

والمانع الثالث خروج الموهوب عن ملك الموهوب له فاذا تصرف فيه كله بالبيع مثلا امتنع الرجوع في الكل وان تصرف في البعض امتنع بالنسبة اليه فيثبت له الحق في الباقي كأنه لم يتصرف في شيء منه لانه اذا لم يبع منه شيئاً كان له ان يرجع في البعض ويترك الآخر اذ له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفي بعضه فكذا اذا بيع بعضها لان المانع لم يوجد الا في المبيع فيتقدّر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم لانه لما جاز الرجوع في البعض مع امكان الرجوع في الكل فأولى ان يجوز عند العجز وانما كان هذا مانعاً من الرجوع لان اخراجه عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يتمكن من نقض ماتم من جهته لان

(مادة ٥١٦) اذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة واذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع

(مادة ٥١٧) اذا مات أحد العاقدين بعد قبض الهبة سقط حق الرجوع فيها

القاعدة ان كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا سبيل له عليها — انظر مادة (٥١٨)

والمانع الرابع الزوجية ولكن يشترط ان تكون موجودة وقت الهبة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل وسواء دامت الزوجية بعد الهبة أو انقطعت فلو حصلت الزوجية بعد الهبة لم يمتنع الرجوع

وانما كانت الزوجية مانعة من الرجوع لانها نظير القرابة ولذا يجرى التوارث بينهما وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود من هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادّ دون العوض كما فى القرابة المحرمية وقد حصل بنفس الهبة فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته. ومما أخرجوه عن الاصل بالنسبة للزوجية ما اذا وهبت الزوجة دارها لزوجها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح لانها وما فى يدها فى يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه ومثل هذا ما اذا وهب الاب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاعه فانه يصح على المفتي به لان إشغالها بمتاع الواهب لا يمنع قبضه — انظر مادة (٥١٩)

(مادة ٥١٨) اذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فان كان خروجها من يده خروجاً كلياً امتنع الرجوع فيها وان كان خروجها لا بالكلية فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع فى الباقي

(مادة ٥١٩) اذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع

والمانع الخامس القرابة ولكن ليست كل قرابة مانعة من الرجوع فى الهبة بل التى يكون فيها الموهوب له رحماً محرماً من الواهب بان يكون قريباً له ويحرم عقد الزواج بينهما كالابنت والام والخالة والعمة فلو كان القريب رحماً غير محرم كبنت العم أو بنت الخالة أو كان الموهوب له محرماً غير رحم كالاخت من الرضاع أو كان أجنبياً لم يمتنع الرجوع والاصل فى ذلك قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها» ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة فامتنع — انظر مادة (٥٢٠)

والمانع السادس هلاك الموهوب أو استهلاكه فاذا هلك البعض ثبت له حق الرجوع فى الباقي كما تقدم فى خروج البعض عن ملك الموهوب له وانما كان هذا مانعاً لتعذر الرد بعد الهلاك فامتنع الرجوع ولا يلزم بدفع القيمة أو المثل لان التسليط حصل من الواهب فيد الموهوب له ليست يد ضمان انظر مادة (٥٢٦)

له فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة واذا وهبت المرأة لزوجها داراً فيها متاع لها صحت الهبة وان كانت مشغولة بملكها

(مادة ٥٢٠) من وهب هبة لذي رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأمنا أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه فان وهب لذي رحم غير محرم أو لمحرم غير ذي رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك

(مادة ٥٢١) اذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فان استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي

والمانع السابع العوض فاذا أعطي الموهوب له للواهب بدل هبته امتنع الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها» اى مالم يعوض ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل فى مقصود الواهب وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشترى عيبا فى المبيع ثم زال وانظر فيما اذا عوضه غير المطلوب له فان هذا التعليل ينتج الرجوع مع انه لم يفصل في العوض أحد ثم ان العوض ينقسم الي قسمين لانه اما أن يكون مشروطاً في العقد كما اذا قال له وهبتك هذا الشيء بشرط ان تعوضني كذا واما أن يضاف لها بعد العقد فالاول يأتي حكمه فى شرح مادة (٥٢٨) والثاني الذي هو موضوعنا الآن اما ان يكون عوضاً عن كل الهبة أو عن بعضها فان كان مضافاً الى الكل بأن قال بعد تمام عقد الهبة خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او في مقابلها امتنع الرجوع في كل الهبة وان كان العوض مضافاً الى البعض كما اذا قال خذ هذا عوض نصف هبتك مثلا كان له حق الرجوع فى الباقي لأن حقه فى الرجوع كان ثابتاً فى الكل فاذا عوضه عن النصف امتنع الرجوع فى حقه وبقى الحق فى الباقى علي ما كان والشيوع الحاصل بالرجوع فى هذه الحالة لا يضر لانه طارئ بعد تمام عقد الهبة وقد عرفت فى شرح مادة (٥٠٦) أن الشيوع الضار هو الشيوع المقارن لعقد الهبة لا الطارئ عليه وهذا اذا كان العوض غير الموهوب فلو كان بعضه بان وهب له قطعة أرض فاعطاه نصفها مثلا على انها عوض عن الكل لم يمتنع الرجوع في الباقي لان حقه كان ثابتا فى الكل فاذا وصل اليه بعضه فلا يسقط فى الباقى وقال زفر لا رجوع فى هذه الحالة موجها كلامه بأن الموهوب ملك بالقبض

فالتحق بسائر أموال الواهب فكأنه أعطاه شيئا من غير الموهوب — انظر مادة (٥٢٢)

فان سُلِمَ كل من العوض والهبة لكل منهما فبها وأما اذا استحق بان ظهر أن أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن اثبت شخص بالحجة أنه مملوك له قبل تاريخ الاعطاء فاما أن يكون الاستحقاق وارداً على العوض او على الهبة وعلى كل فاما أن يرد على الكل أو البعض فان ورد على كل العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة تبقى بلا عوض فصار كأن لم يكن عوض أصلا وان ورد على كل الهبة كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة وهذا اذا كان كل منهما موجوداً وقت الاستحقاق فان كان هالكا اختلفا فى الحكم لأنه ان استحق العوض والهبة هالكة فلا يرجع الواهب بشيء أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وكذا لو كان هناك مانع آخر منه وان استحقت الهبة والعوض هالك يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة ان كان قيميا والمثل ان كان مثلياً لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة لان الموضوع انه قال للواهب خذ هذا عوض هبتك بخلاف الواهب لان الموضوع أنه لم يشترط العوض في العقد وان ورد الاستحقاق على بعض

(مادة ٥٢٢) اذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً مميزاً ان كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فان عوّضه البعض عن الباقى فله الرجوع فى الباقى وان عوّض النصف فله الرجوع في النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع

الهبة فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهبة لانه لم يدفع اليه العوض الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات وجميع هذه الصور متفق عليها

وان ورد الاستحقاق على بعض العوض فقيه خلاف فالامام الأعظم وصاحباه يقولون لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر يرجع في الهبة بما يقابل المستحق من العوض — واستدل بأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهبة فكذلك يرجع الواهب أيضا ببعض الهبة عند استحقاق بعض العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة — واستدل غيره بان العوض ليس ببدل عن الهبة حقيقة لانها حصلت بدون عوض مشروط في عقدها فهي مملوكة للموهوب له قبل ان يعوّض الواهب شيئاً والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع ومابقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض وان شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة — انظر مادة (٥٢٣)

(مادة ٥٢٣) اذا استحق كل العوض يرجع الواهب في كل الهبة ان كانت قائمة ولم تحصل بها زيادة مانعة منه أو مانع آخر. واذا استحقت الهبة فللمعوّض الرجوع في جميع العوض الذي أدّاه ان كان قائماً وبمثله ان كان هالكاوهو مثلي أو بقيمته ان كان قيمياً وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وفي عكسه لا يرجع مالم يردّ ما بقي من العوض

وهـذا اذا كان للهبة عوض فان كانت بغير عوض واستحقت فاما أن يكون الاستحقاق وارداً عليها وهي موجودة تحت يد الموهوب له واما أن يكون بعد هلاكها فان كان الأول فلا كلام في أنه لا يرجع على الواهب بشيء لانه لم يعوضه شيئاً والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذى لم يدفع شيئا في مقابلته . وان كان الثانى وهو ما اذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له فقالوا ان للمستحق أن يضمنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب لان مالكه هلك وهو تحت يده وعند ما يأخذ منه البدل لا يكون للموهوب له حق في الرجوع على الواهب بما ضمن ومثله المستعير فاذا أعار شخص لغيره شيئاً لينتفع به ويرده اليه فهلك هذا الشيء تحت يده وظهر أنه غير مملوك للمعير ولو بالبينة فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير وليس لهذا حق في أن يأخذ ما دفعه من المعير وهذا بخلاف البيع والوديعة والاجارة فان المبيع اذا هلك تحت يد المشترى وظهر أنه غير مملوك للبائع وضمن المستحق المشترىَ رجع على البائع بما دفعه اليه ومثل البيع الاجارة والوديعة وقالوا في الفرق ان الهبة عقد تبرع والموهوب له غير عامل للواهب فلا يستحق السلامة ومثلها العارية بخلاف الوديعة لان المودَع ليس عاملا لنفسه بل لصاحبها وبخلاف البيع لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلَم له صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بما لحقه فيكون حاصل ماقالوه أن المغرور يرجع على الغارّ باحد أمرين الاول عقد المعاوضة الثاني أن يكون نفع العقد عائداً على الدافع فقط كالوديعة فان كان عائداً على الآخذ وحده كالهبة والعارية فلا رجوع ولو كان مغروراً — وقال بعضهم إن الواهب لو

ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب في هذه الحالة وهو ظاهر المراد فياليته أطلق الحكم — انظر مادة (٥٢٤)

ومن حيث ان العوض الذى هو الموضوع ليس مشروطاً فى العقد فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئاً للواهب في مقابلة هبته لانه تبرع وهو لا يملكه وينبني على هذا ان الاب لا يجوز له أن يدفع شيئاً من مال ابنه بدل ما وهب له فلو أعطى ضمنه فلو كان من مال نفسه جاز ذلك لانه له أن يتصرف فيه بما أراد لمن أراد — انظر مادة (٥٢٥)

ولما كانت الهبة للفقير مجازاً عن الصدقة والصدقة لا رجوع فيها كانت الهبة له مثلها في ذلك — انظر مادة (٥٢٦)

ولما كان الرجوع فى الهبة قبيحاً ومرتكبه دنيئاً لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده بل أشرك معه الموهوب له أو من له الولاية عليه اذا امتنع ولذا لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الواهب رجعت فى هبتي بل لا بد من أحد أمرين الاول رضا الموهوب له الثاني قضاء القاضي والسبب فى ذلك ان ملك الموهوب له ثابت فى الموهوب فلا يخرج عنه الا بالرضا أو القضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله ضعف وفي عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء اذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوى ولم يحصل

(مادة ٥٢٤) اذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن

(مادة ٥٢٥) لا يجوز للاب أن يعوض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير

(مادة ٥٢٦) لا رجوع في الهبة للفقير بعد قبضها

عليه فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب فى الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فحينئذ لابد من الفصل بالرضا أو القضاء ويؤخذ من هذا ان القاضى عند ما رفع اليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب يبحث عن سبب الهبة وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له

فما دام لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضى يكون ملك الموهوب له ثابتاً في الموهوب وينبنى على ذلك مايأتى

أولا اذا تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب ولو بعد المرافعة الى القاضى ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه فليس للواهب نقضه لان الملك ثابت للموهوب له مالم يحصل واحد منهما

ثانياً لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر

ثالثاً لو طلبها الواهب منه فامتنع من التسليم وهلكت أو استهلكت قبل القضاء لم يضمن له شيئاً لقيام ملكه فهو محق فى هذا الامتناع ومثل هذا ما اذا هلكت بعد القضاء ولكن قبل المنع لانه أو ان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه

رابعاً اذا تراضيا على صحة الرجوع أو قضي به وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه وهلكت ضمن لثبوت الملك حينئذ للواهب فيكون متعدياً فى هذا المنع فيضمن ومتى تم الرجوع بأحد هذين الامرين كان فسخاً لعقد الهبة من الاصل واعادة لملكه القديم لا

هبة للواهب خلافاً لزفر اذا كان بالتراضي — انظر مادة (٥٢٧)

وقد تقدم لك في شرح مادة (٥٢٢) ان العوض اما أن يكون بعد عقد الهبة واما أن يكون مشروطاً فيه فالاول تقدم فى شرح المادة المذكورة وأما الثانى بان قال شخص لآخر وهبت لك كذا بشرط ان تعوضنى بيتك الفلاني مثلا ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون ان هذا العقد هبة ابتداء بيع انتهاء وينبنى عليه ان هذا العقد يشترط فيه ابتداء مايشترط في الهبة فلا يتم الا بالتقابض فى العوضين ويبطل أحدهما بالشيوع اذا كان فيما يحتمل القسمة فاذا تم القبض ، الكامل ثبت الملك لكل من المتعاقدين فيترتب على كل منهما حكم البيع وتجرى عليه أحكامه فيرد كل منهما بالعيب وخيار الرؤية واذا كان أحدهما عقاراً أو كل منهما تثبت فيه الشفعة وقال زفر والامام الشافعى ان هذا العقد بيع ابتداء وانتهاء فلا يشترط فيه شيء من شروط الهبة ووجها قولهما بان المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعانى لا للألفاظ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وهبة المنفعة بعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة — واستدل الامام وصاحباه بأن هذا العقد اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه

(مادة ٥٢٧) لا يصح الرجوع فى الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم فاذا رجع الواهب باحدهما كان رجوعه ابطالا لأثر العقد في المستقبل واعادة لملكه فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضا فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له واذا طلبها بعد القضاء ومنعها الموهوب له فهلكت في يده ضمنها

معتبراً بلفظه فتجرى فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبراً بمعناه فتجرى فيه أحكام البيع ولا تنافى بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراخياً في اشتراط الخيار لاحدهما وفى البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولا يخفى من تقرير الدليلين ان مذهب الامام الشافعى وزفر ظاهر المراد — انظر مادة (٥٢٨)

والصدقة كالهبة فشروطهما واحدة فلا تتم الا بالقبض ويشترط فيها أن تكون فى محوز أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة لا فيما يحتملها الا بالافراز والتسليم لانها تبرع كالهبة فيلزمها مالزم الهبة ولكنها تفارقها في عدم صحة الرجوع لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض سواء كانت لفقير أو لغنى وبعضهم يقول الصدقة على الغني والهبة له سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب كالهبة للفقير فانها صدقة لانه لا يقصد بها العوض بل الثواب وهو الظاهر — انظر مادة (٥٢٩)

« مادة ٥٢٨ » اذا وقعت الهبة بشرط عوض معلوم معين وقت العقد فلا تتم الا بالتقابض فى العوضين ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم فان اتصل التقابض فى العوضين ثبت الملك لكل من الطرفين وصارت معاوضة تجري عليها أحكام البيع فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة فان لم يوجد التقابض فى العوضين أو قبض أحدهما دون الآخر فلكل منهما الرجوع

« مادة ٥٢٩ » الصدقة كالهبة لا تملك الا بالقبض ولا رجوع فيها ولو كانت لغنى

﴿ الباب الرابع ﴾

في الوصايا وفيه فصول

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها ﴾

العقد وان كانت أقسامه كثيرة الا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا الى قسمين القسم الاول ما يفيد حكمه حال الحياة الثاني ما يفيده بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصي) والموضوع الآن هو القسم الثاني وهو الوصية ومن حيث ان كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط فالوصية تحتاج الى ذلك واليك بيانها

﴿ تعريف الوصية ﴾

الوصية في اللغة اسم مصدر بمعنى التوصية ومنه قوله تعالى (حين الوصية) وقد تطلق على الشيء الموصى به كقوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أودين) ومعناها في اصطلاح الفقهاء تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصي به عيناً أو منفعة اذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع والقياس يأبى جواز الوصية والاستحسان يجوزها لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة مع ان الشخص لو أضاف التمليك الى حال قيام الملك بان قال لغيره ملكتك هذا الشيء غدا كان

باطلا عند الفقهاء فتكون الوصية اولى بهذا الحكم ولكن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها اذ الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تدارك ما فاته من التقصير بسبب ماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه في حاجته فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح وقضاء للحاجة عند الاحتياج الى تحصيل المصالح وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي فى قدر التجهيز والدين ومثل الوصية فى هذا المعنى الاجارة لما فيها من اضافة تمليك المنافع فى الزمن المستقبل ولكن الشارع أجازها للضرورة -- انظر مادة (٥٣٠)

﴿ أركان الوصية ﴾

أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول ومن حيث إن الوصية عقد فأركانها ماذكر ولا يشترط في الايجاب لكل عقد ألفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعين العقد وينبني على ذلك أنه اذا قال شخص أوصيت لفلان بثلث مالى أو وهبته له بعد وفاتي أو ملكته له بعدها وما يماثل هذه الالفاظ كان كل ذلك وصية لان اوصيت صريح فيها ولذا لا يحتاج فيه الى التصريح بما بعد الموت وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع والهبة الا أن التقييد بما بعد الوفاة ينفي غيرها ومثله الهبة ولا يكون القبول معولا عليه فى كل العقود الا اذا صدر فى المجلس الذى حصل فيه الايجاب ولو حكماً

(مادة ٥٣٠) الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع

الا عقد الوصية فانه لا يعول على القبول فيها الا اذا صدر من الموصى له بعد موت الموصى ولذا او قبل حال حياته ثم ردها بعد وفاته صح هذا الرد والسبب فى ذلك أن التملك فى الوصية لا يكون الا بعد وفاة الموصى فلا يعتد بالقبول الا اذا صدر فى هذا الوقت وسيأتي هذا المبحث في شرح مادة (٥٤٣)

﴿ شروط الوصية ﴾

من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أى عقد الا اذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم له فشروط الوصية أنواع منها ما يرجع الى الموصى ومنها ما يرجع الى الموصى له ومنها ما يرجع الى الموصي به

فالشروط التى ترجع الى نفس الموصي هى أن يكون أهلا للتبرع ولا يكون كذلك الا اذا كان حراً عاقلا بالغاً مختاراً لان الرقيق لا يملك شيئاً فلا يتأتى أن يملّك وعبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تنبنى على التمييز وهو غير مميز ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات لان الصغير ان كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزاً فالوصية من العقود الضارة وهى لا تصح منه . واشترط الاختيار لان المكره مضطر فهو يفعل المكره عليه بغير ارادته ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الاكراه . ووصية الصغير لا تصح ولو كان مراهقاً أى قريباً من البلوغ وسواء كان محجوراً عليه أو مأذونا له فى التجارة لانه لا يملك التبرعات مطلقا وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال أوصيت لفلان بربع مالى أو معلقة على بلوغه بأن قال ان

بلغت فقد اوصيت لفلان بثلث مالى ولكن تصح وصايا الصغير المميز اذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة

وأما ما يرجع الى الموصى له من الشروط فهو أن يكون حياً وقت الوصية سواء كانت حياته محققة وهي ظاهرة أو مقدرة كما في الحمل فان الوصية له صحيحة بالشروط الآتية فى شرح مادة (٥٤٠) ويظهر أن محل اشتراط هذا الشرط اذا كان الموصى له معينا بأن قال أوصيت لفلان بن فلان وليس لفلان ابن مسمى بهذا الاسم اما اذا كان الموصى له غير معين فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم الموصي له اذا كان معينا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الايجاب يوم أوصى ومتى كان غير معين تعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى

وينبنى على ذلك أنه لو أوصى بثلث ماله لبنى فلان ولم يسمهم ولم يشر اليهم فالوصية لبنيه الموجودين وقت موت الموصي سواء كانوا موجودين وقت الوصية اولا لانهم غير معينين فتعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصي وان سماهم أو أشار اليهم فالوصية للموجودين خاصة ولذا لو ماتوا قبل موت الموصى بطلت الوصية ولو كان لفلان غيرهم لان الموصي له معين فتعتبر صحة الايجاب يوم الوصية

واما ما يرجع الى الموصى به من الشروط فهو ان يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصى بعقد من العقود سواء كان مالا أو منفعة وسواء كان موجوداً فى الحال أو معدوماً الا انه يشترط فى المعدوم ان يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصي ولهذا لو أوصى بما تثمر نخيله فى هذا العام أو أبدا صحت الوصية وان كان الموصي به معدوماً وقتها لانه يقبل

التمليك حال حياة الوصى بعقد المعاملة ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحساناً لان الموصى به لا يقبل التمليك بعقد من العقود

واما وجود الموصي به وقت الوصية فليس بشرط اذا كان الموصى به غير معين عينا او نوعاً فلو كان كذلك اشترط وجوده وينبنى على ذلك انه اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان استحق الموصى له ثلث جميع مال الموصي عندوفاته سواء كان مملوكا له وقت الوصية او ملكه بعدها واذا قال اوصيت لفلان بثلث غنمى وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته بطلت الوصية ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود فتبطل بهلاكه — انظر مادة (٥٣١)

ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى غير محجور عليه لسفه بل لو كان كذلك صحت وصيته اذا كانت في سبل الخير ولكن لا تنفذ وصاياه من كل المال بل من الثلث ان كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن أو كان وأجازها نفذت من كل المال. وصحة وصايا السفيه مأخوذ فيها بالاستحسان أما القياس فيأبى صحتها لان الوصية تبرع وان كان التمليك لا يكون الا بعد الوفاة ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره وذلك يكون حال حياته فيما اذا اتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أي في حال استغنائه عن ماله خصوصا وأن

(مادة ٥٣١) يشترط لصحة الوصية كون الموصى حراً بالغاً عاقلا مختارا أهلا للتبرع والموصى له حياً تحقيقاً أو تقديرا والموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى فلا تصح وصية مجنون ولا صبي ولو مراهقاً او مأذوناً لا تنجيزا ولا تعليقاً بالبلوغ وانما تجوز وصية الصبي المميز في أمر تجهيزه ودفنه

الوصية في ابواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل – انظر مادة (٥٣٢)

ويؤخذ من تعريف الوصية الذي هو تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع أنها تصح بالاعيان سواء كانت عقاراً او منقولا وبمنافعها لان التمليك يصح في كل ما ذكر وعند ما تكون بالمنافع يجوز أن تقيد بمدة معلومة كسكنى داره او غلة ارضه ثلاث سنين مثلا وأن تكون ابداً أى مدة عمر الموصى له وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه فى الفصل الثالث فى الوصية بالمنافع — انظر مادة (٥٣٣)

ولا يمكننا الحكم على الوصية فى أول الامر بأنها تنفذ من ثلث المال او من كله أو لاتنفذ فى شيء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصي والموصى له والموصى به وذلك أن الموصي إما ان يكون غير مديون واما أن يكون مديوناً فان كان مديوناً فاما أن يكون دينه مستغرقاً لجميع تركته واما أن يكون غير مستغرق لها وعلى كل فاما أن يكون الموصى له وارثاً للموصى او اجنبيا منه وان كان أجنبيا فاما أن يكون للموصي وارث اولا وفى كل هذه الاحوال اما ان تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه فاستمع لما يلقى عليك حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها واليك البيان. فان كان الموصي غير مديون اصلا وكانت الوصية لاجنبي

(مادة ٥٣٢) وصايا المحجور عليه لسفه جائزة فى سبل الخير

(مادة ٥٣٣) تصح الوصية بالاعيان منقولة كانت أو غير منقولة وبمنافعها مقيدة بمدة معلومة أو مؤبدة

منه ولم يكن له وارث نفذت الوصية ولو استغرقت جميع تركته فلا حق لبيت المال في المعارضة بل اذا لم تكن الوصية بالكل فله الباقي بعد الموصى به وان كانت بالكل فلا يستحق شيئا والسبب في ذلك أن الموصى له ولو بجميع المال مقدم فى الاستحقاق على بيت المال واذا كان كذلك فلا حق له في المعارضة كما ستعرفه من ترتيب المستحقين للتركة في شرح مادة (٥٨٤) انظر مادة (٥٣٤)

وان كان الموصي مديوناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلا وتركته تقوّم بهذا المبلغ فلا تنفذ الوصية سواء كان الموصي به قليلا او كثيراً وسواء كان الموصي له اجنبياً منه او وارثاً له اللهم الا اذا ابرأه الدائنون فانها تنفذ ولو استغرقت جميع المال وأما إجازة الورثة فى هذه الحالة فلا تفيد شيئاً وانما كان الحق في هذه الحالة للدائنين لا للورثة لان حق الورثة في الارث مؤخر عن قضاء الدين وقضاء الديون مقدم على الوصية فالاجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق فان شاء ألغاها وان شاء أمضاها وفي هذا المثال يأخذ كل من الدائنين دينه كاملا لان التركة وافية بالجميع فاذا فرضنا أن تركته فى المثال المتقدم الف وخمسمائة جنيه فقط قسم هذا المبلغ بين الدائنين بنسبة دين كل منهم فيأخذ كل منهم نصف دينه لان التركة لاتساوي الا نصف الديون

وان كان الموصى مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت

(مادة ٥٣٤) يجوز لمن لا دين عليه مستغرقاً لماله ولا وارث له أن يوصى بماله كله او بعضه لمن يشاء، وتنفذ وصيته بلا توقف على اجازة بيت المال

الديون الثابتة عليه وقت موته الفي جنيه وتركته تساوي خمسة آلاف جنيه فنخرج من التركة اوّلا مقدار الديون لان قضاءها مقدم على الوصية ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الدين وهو هنا ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية فى حالة ما اذا كانت التركة خالية عن الدين — انظر مادة (٥٣٥)

وان كان الموصى غير مدين وكانت الوصية لوارث وكان للموصى ورثة غيره فلا تنفذ الوصية الا اذا اجازتها الورثة سواء كانت الوصية بأقل من الثلث أو به او بأكثر منه لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « ان الله أعطي كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث» وقوله «لا وصية لوارث الا ان تجيزها الورثة» ولان الوصية لو نفذت للوارث من غير اجازة باقى الورثة لتضرر غير الموصَى له بسبب ايثاره بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذى قدره الله له في التركة فيؤدى هذا التضرر الى قطيعة الرحم فترتكب الورثة مع بعضهم مالا تحسن عقباه وهذا لا يحصل عند تخييرهم فى الاجازة وعدمها لانهم ان منعوها فقد اخذ كل ذى حق حقه بلا ايثار للبعض على الآخر فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم وان اجازوها برضاهم كانت عن طيب نفس فينتفى الحقد المؤدى الى المشاكل — فان لم يكن له وارث غير الموصى له فان كان غير أحد الزوجين فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكل من غير وصية وان كان أحد الزوجين نفذت اذ لامزاحم له وهو لايستحق الكل بطريق الميراث فتكون مفيدة — ولا تكون اجازة الورثة معولا عليها الا اذا كانت بعد

(مادة ٥٣٥) من كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته الا ان يبرئه الغرماء أواجازتهم

موت الموصى فلو أجازوها حال حياته ومنعوها بعد وفاته صح هذا المنع لان اجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي فيردوها لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم رده بعد موت المورث

ولكن يقال كيف تكون اجازتهم حال حياته ساقطة مع أن حقهم ثابت في ماله من أول مامرض بدليل منعه من التصرف لحقهم وان كان ذلك الثبوت على سبيل التوقف الى الموت فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض وان الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فتصير الاجازة حال الحياة مفيدة كالاجازة بعد الوفاة

وأجابوا عن ذلك بان الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يظهر في حق الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة واذا لم يتصور بقي حقاً على حاله لاحقيقة والرضا يبطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته فليس لهم ان يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم

ويشترط فى صحة الاجازة ان يكون المجيز من اهل التبرع فان لم يكن كذلك فلا تصح اجازته وينبنى على ذلك ان اجازة كل من الصبي والمجنون

والمتوه غير معتد بها لان كلا منهم ليس أهلا للتبرع وكذا المحجور عليه لسفه ومثلهم المريض مرض الموت ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثى ماله فقط لحق الورثة اعتبرت اجازته نافذة من الثلث وحينئذ ينظر الى القدر الذى يؤخذمن استحقاقه فى التركة بسبب اجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الاجازة وان لم تجزها ورثته فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوا نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع . هذا اذا كان المجاز له غير وارث له فان كان فلا تنفذ الا بالاجازة ولو قل المجاز . ويعتبر كون الموصي له وارثاً أو غيروارث عند موت الموصى لا وقت الوصية لان التمليك فيها لا يكون فى الحال بل هو مؤخر الى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصي له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله . وينبنى على ذلك انه اذا كان لشخص اخ شقيق او لاب وزوجة وام فاوصى لاخيه بشيء من تركته ثم ولد له ابن بعد الوصيةوتوفى الموصى والكل موجودون استحق الاخ الوصية ان كانت لا تتجاوز الثلث فان تجاوزته فلابد من اجازتهم للزائد لان الاخ وان كان وارثاً وقت الوصية لعدم وجودمن يحجبه ولكنه صارغير وارث عند الموت لانه لا يستحق شيئاً مع وجود ابن للمتوفي وعدم اتصافه بالوارثية وقت الموت هو المعول عليه فى استحقاق الموصَي به ولو كان وارثاً وقت الوصية أما لو كان الابن موجوداً وقت الوصيةوالمسألة بحالها ثم مات قبل موت ابيه الذي مات عن المذكورين فلا يستحق الاخ شيئاً من الوصية الا باجازةمن معه من الورثة لانه وان كان غير وارث وقت الوصية لوجود الابن وهو يحجبه الا انه صار وارثاً وقت الموت وهو المعول عليهفى عدم استحقاق الوصية الا بالاجازة

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف أو سلبه عنه وقت الوصية . فلو كان لشخص ابن وأخ شقيق وأخ لاب وأخ لام فأوصي بشيء لاخوته ومات عن الجميع استحقوا الموصى به ان لم يتجاوز الثلث فان تجاوزه توقف الزائد على اجازة الابن لانهم غير وارثين اذ الابن يحجبهم . ولو كان مكان الابن بنت صحت الوصية للاخ لاب والاخ لام ولا تصح للاخ الشقيق الا ان تجيزها البنت لان الاخ لاب محجوب بالشقيق والاخ لام محجوب بالبنت فهما غير وارثين فلو كانت الوصية للبنت توقف نفاذها على اجازة الاخ الشقيق لانه هو الوارث ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة الا بعد معرفة المواريث

وان كان الموصى غير مدين وكانت له ورثة وكان الموصى له أجنبياً منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كانت الوصية لا تجاوز ثلث المال نفذت وان لم تجزها الورثة الا اذا كان هناك مانع من النفاذ كما اذا قتل الموصي له الموصى او كان بره غير جائز شرعاً فان تجاوزت الوصية الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت وان أجازوها نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع —ودليل هذا ما روى عن سعد ابن ابي وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال « جاءني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بي فقلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لى أفأوصى بثلثي مالى قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير انك أن تذر ورثتك أغنياء خيرلك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »

ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الانتقال اليهم وهو استغناؤه عن المال الأان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق لهم من التأذى بالايثار وأما اذا لم تكن له ورثة أصلا فانها تنفذ من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصي له والاجازة لا تكون معولا عليها الا اذا كانت بعد وفاة الموصي وكان المجيز من أهل التبرع وقد تقدم لك هذا في شرح المادة السابقة فارجع اليه

وقد علم حكم ما اذا أجازت كل الورثة اما ان اجازها البعض وردها الباقى كانت الوصية فى حق الذى أجاز كأن كلهم أجازوها وفى حق الذى لم يجز كأن كلهم لم يجيزوها ولنوضح لك هذا بمثال وانت تقيس عليه غيره وهو اذا فرضنا ان رجلا أوصى لآخر بنصف ماله ومات عن ابنين فان أجازت الورثة فالمال يقسم بينهم ارباعاً للموصى له ربعان وهو النصف ولكل واحد من الابنين الربع لان الوصية مقدمة على الارث فتنفذ الوصية أولا وهى بالنصف والنصف الثانى يقتسمه الابنان وان لم يجيزا الوصية فللموصى له ثلث المال لنفاذها فيه من غير اجازة والثلثان للابنين لكل واحد منهما الثلث وان أجازها واحد ولم يجز الآخر جازت في حق الذى اجاز كأنهما أجازا فيعطى له ربع المال وبطلت في حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا فيعطى له ثلث المال والباقى يكون للموصي له وحينئذ فتقسم المال الى اثنى عشر جزأ لاحتياجنا الى الثلث والربع وهو اقل عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر فيعطي ربعه للذى اجازوهو ثلاثة أسهم والثلث للذى لم يجز وهو اربعة أسهم فتبقى خمسة تعطى للموصَي له ومتى صحت اجازة

الورثة للوصية سواء كانت لوارث او لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصي لا من قبل المجيز وينبنى على ذلك مايأتي :

اولا — ان المجيز ليس له الرجوع عن الاجازة فيجبر على تسليم الموصى به واو كان التمليك من قبل المجيز لصح رجوعه لانها تكون هبة وهى لاتتم الا بالقبض فلا يجبر على التسليم

ثانياً — ان الموصى له يملك الموصي به قبـل القبض ولو كان التمليك من قبل المجيز لما ملـكه الا به لانها تكون هبة وهي لاتملك الا بالقبض

ثالثاً — اذا كان الموصى به مشاعاً فيما يحتمل القسمة صحت الاجازة فيه واو كان التمليك من قبل المجيز لما صحت الاجازة لانها تكون هبة منه وهى لاتصح فى المشاع الذى يحتمل القسمة الا بالافراز والتسليم — انظر مادتي (٥٣٦ و ٥٣٧)

ولما كانت الزوجية من اسباب الميراث وكانت الوصية لوارث لاتنفذ ولو كانت بأقل من الثلث الا اذا اجازتها بقية الورثة كانت وصية

(مادة ٥٣٦) لا تجوز الوصية لوارث الا اذا اجازها الورثة الاخر بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع. ويعتبر كونه وارثاً او غير وارث وقت موت الموصي لا وقت الوصية. وليس للمجيز ان يرجع فى اجازته ويجبر على التسليم اذا امتنع. واذا اجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته و بطلت فى حق غيره

(مادة ٥٣٧) تجوز الوصية بالثلث للاجنبي عند عدم المانع من غير اجازة الورثة. ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا اجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من اهل التبرع ولا عبرة باجازتهم في حال حياته

احد الزوجين للآخر موقوفة على اجازة باقي الورثة فان اجازوها نفذت وان ردوها بطلت ولا شك في ان هذا اذا كان لاحدهما ورثة غير الموصى له فان لم يكن له غيره نفذت الوصية من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لان استحقاقه مؤخر عن الموصى له ولو بكل التركة

والحكمة فى تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وان كان عاماً ان وصية احدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة لان كلا منهما لا يستحق الا فرضه ولا يأخذ الباقى بطريق الرد على القول المعمول به

فعند الوصية لاحدهما بالكل يستحق كل التركة بسبب الوصية وأما الوصية لغير واحد منهما اذا لم يكن للموصى وارث غيره فلا فائدة فيها اذ هو يستحق الكل بطريق الميراث لأنه ان كان عصبة كالاخ الشقيق والعم لاب مثلا او ملحقاً بالعصبة كذى الرحم اخذ الكل من هذه الجهة وان كان صاحب فرض كالام والبنت اخذ بعضه بطريق الفرض والبعض الآخر بالرد فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل على كل حال .. انظر مادة (٥٣٨)

ومن شروط الوصية ان يكون الموصى له غير قاتل للموصى فان كان كذلك فلا تصح الوصية له ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل اذا كان متعمداً او مخطئاً فان كان متسبباً فى القتل كما اذا حفر شخص بئراً فى غير ملكه فاتفق ان الموصى وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية لانه غير قاتل

(مادة ٥٣٨) تجوز وصية الزوج لزوجته ووصيتها له اذا لم يكن لأحد منهما وارث آخر والا توقف نفوذها على اجازته

حقيقة ولا فرق بين ان يكون الايصاء حصل قبل القتل المانع او بعده أما الاول فظاهر وأما الثاني فيصور بما اذا فرض ان شخصا جرح غيره جرحا يؤدى الى موته فاوصي له قبل ان يموت بشيء من امواله بأن كان لا يعلم انه هو الضارب له ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك ادانته او كان يعلم ولكنه تحقق انه غير قاصد وانما كان القتل مانعا من استحقاق الوصية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » والقتل العمد لا يحرم من الوصية الا اذا كان بغير حق فان كان بحق كما اذا قتل موصيه قصاصا او حداً بأن قتل الزوج زوجته او ذات رحم من محارمه الاناث لاجل الزنا فانه يستحق الوصية لكن لا بد من تحقق الزنا أما بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفعا عن نفسه كما اذا اراد الموصى قتل الموصى له ولا يمكن دفعه عن نفسه الا بقتله فقتله استحق الوصية

ومثله ما اذا كان القاتل صبياً او مجنونا فانه يستحق الموصى به أيضا ولكن يقال كيف تستثنى هذه الصور مع ان مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » انه لا يستحق مطلقا والجواب عن ذلك انه انما اخرج القاتل بحق لان الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فاذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا حرمان من الوصية

وانما اخرج القاتل بسبب لانه ليس بقاتل حقيقة الا ترى انه لو حفر بئراً فى ملكه لم يؤخذ بشيء مع ان القاتل يؤخذ بفعله سواء كان في ملكه او فى ملك غيره واذا لم يكن قاتلا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية

وانما اخرج الصبي والمجنون لان الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور

وفعلها لا يوصف بالحظر شرعا اذ لا يتصور خطاب الشارع لهما بخلاف المخطىء فانه اهل لذلك وايضا الحرمان باعتبار التقصير فى التحرز ويتصور نسبة التقصير الى المخطىء دونهما وكل هذه الاحكام متفق عليها من الامام وصاحبيه

ولكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية اذا لم تجز الورثة فان اجازوها نفذت ومن حيث ان المنع لحقهم فاذا فرضنا ان المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية ايضاً لعدم المانع وهذا الحكم ليس متفقاً عليه بل القائل به الامام الاعظم ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز الوصية للقاتل ولو اجازتها الورثة او لم يكن للمقتول وارث سواه ويظهر ان هذا الخلاف مبنى على الخلاف في علة الحرمان من الوصية فعندهما هى لحق الورثة دفعاً للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم فى ماله من سعى فى قتله وهذا ينعدم اذا لم يوجد وارث او وجد وأجاز وعندابي يوسف علة المنع هى العقوبة على الجناية التى ارتكبها وهي باقية وان لم يكن له وارث غيره او كان واجاز ومن تأمل فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » مع قوله « لا وصية لوارث الا ان تجيزها الورثة » علم ظهور احد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بما اذا لم يكن القتل عمداً بعد الوصية فان كان كذلك لغت الوصية اتفاقاً لانه استعجل شيئاً قبل اوانه فيعاقب بالحرمان منه - انظر مادة (٥٣٩)

وقد تقدم في الكلام على شروط الوصية أنه يشترط فى الموصي له ان يكون

(مادة ٥٣٩) لا تجوز الوصية لقاتل الموصى مباشرة عمدا كان القتل أو خطأ قبل الابصاء أو بعده الا اذا أجازت الورثة أو كان القاتل صبياً أو مجنونا او لم يكن للمقتول وارث سواه ولا يحرم المتسبب فى القتل من الوصية

حياً وقت الوصية سواء كانت حياته محققة أو مقدرة فالاولى ظاهرة والثانية تأتى فى الحمل فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة والفرق بينهما ان الوصية استخلاف من وجه لان الموصي يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخته غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة فانها تمليك محض ولا ولاية لاحد على الجنين حتى يملكه شيئاً وينبنى على انتفاء الولاية على الحمل انه لو صالح ابوه او امه عنه بما اوصى له به لم يجز لان الحمل لايلى ولا يولى عليه ثم ان الحمل لا يستحق الموصى به الا اذا ولد لأقل من ستة اشهر من وقت الوصية فلو ولد لتمام ستة أشهر او لاكثر احتمل وجوده وعدمه وقتها فلا تصح لان شرط صحة الوصية ان يكون الموصى له محققاً وجوده وقتها

هذا اذا لم يقر الموصى بانها حامل فان اقر بذلك ثبتت الوصية له ان وضعته فى مدة سنتين من يوم اوصي لان وجوده في بطنها عند الوصية ثبت باقرار الموصي وهو غير متهم فيه فيصح لانه أوجب بهذا الاقرار ماهو خالص حقه وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوماً يقيناً بان وضعته لأقل من ستة أشهر .ومحل اشتراط الولادة لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية اذا كان زوج المرأة الموصى لحملها حياً فلو كان ميتاً وامرأته فى العدة حين الوصية فالشرط فى استحقاق الحمل للموصى به أن تلده لاقل من سنتين من وقت الوفاة ولو كانت ولادته لاكثر من ستة اشهر من وقت الوصية لانه يكون ثابت النسب من المتوفى فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح له.ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فان وضعت المرأة الموصى لحملها ولداً

واحداً استحق جميع الموصي به لعدم المزاحم اما اذا ولدت توأمين وهما اولدان اللذان خلقا من ماء واحد بان يكون بينهما فى الولادة اقل من ستة اشهر فان كانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قسم اثلاثا لاننا لو اعطيناه لواحد منهما او منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح اذ الكل حمل وهو لا يجوز ويبنى على ذلك انه اذا مات احدهما او احدهم بعد ولادته حياً فنصيبه فى الوصية يقسم بين ورثته لانه استحقه قبل وفاته فهو من تركته اما اذا مات قبل الولادة فالوصية للحي لعدم استحقاق الميت شيئاً فلا يزاحم الحى — انظر مادة (٥٤٠)

واذا وقعت الوصية لمن هو من اهل الاستحقاق صحت بالاجماع فان كانت لغيره كالمساجد والتكايا والمستشفيات والمدارس صحت ايضاً على المفتى به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الاشياء لا على ارادة عينها لانها ليست من اهل الملك

ومتى صحت الوصية لهذه الاشياء يصرف الموصى به على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها ومما هو متعارف بالنسبة للوصية وكما تجوز الوصية لهذه الاشياء تجوز لاعمال البر ويصرف الموصى به فى

(مادة ٥٤٠) تجوز الوصية للحمل بشرط ان يولد حياً لأقل من ستة أشهر من وقت الوصيه ان كان زوج الحامل حياً أو لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن ان كانت معتدة لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية .فان جاءت المرأة بتوأمين حيين فالوصية لهما نصفين. وان مات أحدهما بعد الولادة فوصيته ميراث بين ورثته وان مات أحدهما قبل الولادة فالوصية للحى منهما

وجوه الخير كبناء القناطر والمساجد والانفاق على طلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس فيها تمليك لاحد مخصوص — انظر مادة (٥٤١)

ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين وينبنى على ذلك ان وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) انما يشترط لصحة هذه الوصية ان يكون الموصى له ذمياً او مستأمناً في دار الاسلام فلو كان حربياً لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم) فما علينا الا امتثال الامر وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح ايضاً اذا كانت من غيره له فتجوز وصية الذمي والمستأمن للمسلم حتى ان المستأمن لو اوصى بجميع ماله لمسلم نفذت اذا لم يكن له وارث فان كان ولم تجز نفذت فى الثلث فقط فيرد الباقي الى ورثته وبالجملة فاننا نحكم على وصية الذمي والمستأمن بالاحكام التى حكمنا بها على وصية المسلم وهى المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمسة التى بعدها — انظر مادة (٥٤٢)

(مادة ٥٤١) تجوز الوصية للمساجد والتكايا والمارستانات والمدارس وتصرف على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما يلزم. ويعتبر فى كل شيء من ذلك ما هو متعارف فى الوصية له وما يوجد من الدلالات. وتجوز لاعمال البر وتصرف فى وجوه الخير ومنها بناء القناطر و بناء المساجد وسراجها وطلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس فيها تمليك لاحد مخصوص

(مادة ٥٤٢) اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية فتجوز الوصية من المسلم

ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك اذ هي عقد ولذا لا يملك الموصى له الموصي به الا بالقبول اذ لا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ولانه لو ثبت الملك بدون القبول لتضرر الموصى له فيما اذا كانت الوصية بحيوان لا ينتفع به مثلا فان نفقته تجب عليه بلا فائدة ولا يشترط فى القبول أن يكون صريحا بل كما يكون به يكون بالدلالة فالصريح هو الاتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله قبلت وصية فلان أورضيت بها والدلالة هي الاتيان بفعل يدل على رضاه كاستيلائه على الموصى به بعد موت الموصى ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة ان التمليك فيها لا يكون الا بعد موت الموصى كان القبول المعوّل عليه هو الذى يصدر في هذا الوقت ولذا لو صدر حال الحياة صح رده بعد الوفاة لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبله

ومثل القبول الرد فلو رد حال الحياة وقبلها بعد الوفاة صح لما ذكر فاذا قبل الموصي له الوصية بعد موت الموصى ملك الموصى به وان لم يقبضه لشبهها بالميراث بخلاف الهبة فانها لا تملك الا بالقبض كما عرف ذلك فى موضعه وان ردها فالموصى به مملوك للورثة اما اذا لم يحصل واحد منهما فى الوقت المعوّل عليه تكون الملكية فى الموصى به موقوفة بمعنى انه يكون غير مملوك

للذمي والمستأمن بدار الاسلام ومن الذمي والمستأمن للمسلم والذمي ولومن غير ملته. ويجوز للمستأمن الذي لا وارث له بدار الاسلام ان يوصى بجميع ماله وان أوصى ببعضه يرد الباقي الى ورثته. وتنفذ وصية الذمي من ثلث ماله لغير الوارث ولا تنفذ للوارث الا باجازة الورثة الاخر

لا للورثة ولا للموصى له حتى يتبين الحال فان قبل ملكه وان رد ملكته الورثة ولا يلزم على هذا أن الموصى به يكون سائبة اى لا مالك له ولا سائبة فى الاسلام لان السائبة الممنوعة فى الاسلام هى السائبة بلا مالك فى اى زمن من الازمان وهذه ليست كذلك اذ مدة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذى لم يحصل فيه قبول ولا رد من الموصى له فان قبل دخل فى ملكه وان رد دخل فى ملك الورثة وهذا له نظائر فى الشرع وهى التركة المستغرقة بالدين بان مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته فان التركة تخرج من ملك الميت بلا شك ولكن لا تدخل فى ملك الورثة ولا في ملك الدائنين بل تكون موقوفة فان دفعت الورثة الدين ملكوها وان امتنعوا عن ذلك فتباع لقضاء الديون من ثمنها فاذا فرضنا ان الموصى له مات بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد دخل الموصي به فى ملكه فينتقل الى ورثته وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وان كان القياس يبطل الوصية لانه لا يملك احد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ووجه الاستحسان ان الوصية من جهة الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصي له فاذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصى به في ملكه وينتقل الى ورثته ولكن محل اشتراط القبول فى الوصية اذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما اذا كانت لنحو الفقراء والمساكين وبنى هاشم اللهم الا ان يقال ان القبول وجد دلالة وهو معول عليه — انظرة مادة(٥٤٣)

(مادة ٥٤٣) لا يملك الموصى به الا بقبول الوصية صريحًا او دلالة كموته قبل قبوله ورده كما يأتي — ولا يصح قبولها الا بعد موت الموصى ولا عبرة بالقبول والرد في حال

ومما يترتب على ان التمليك فى الوصية لا يكون الا بعد موت الموصى والقبول المعوّل عليه كذلك أن للموصي الرجوع ولو قَبِل الموصى له لان وقت قبول التمليك المعوّل عليه آت فى المستقبل فيصح له الرجوع عن الايجاب ما دام القبول المعتبر لم يحصل والرجوع اما ان يكون صريحاً واما أن يكون دلالة فالصريح بان يقول رجعت عن وصيتي لفلان أو أبطلتها او كل وصية اوصيت بها فهي باطلة او لاغية والدلالة بان يفعل في الموصى به فعلا يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور

أولا ان يكون ذلك العمل يزيل اسم الموصى به وقت الوصية ويغير معظم صفاته كما اذا أوصي بسبيكة من الذهب أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة اوآنية او بقطعة من النحاس او الحديد فصنعها آنية أو سيفا لان الموصى به صار بحال لا يطلق عليه اسمه وقت الوصية فكان كشئ آخر

ثانياً ان يحدث العمل فى الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه الا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه او بقطعة من الحرير او الصوف فقطعها وخاطها أثواباً

ثالثاً – اذا كان هذا العمل تصرفاً يترتب عليه ملك الغير له فاذا باعه او وهبه وسلمه بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو عاد اليه بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لم تعد الوصية فان كان التصرف لا يترتب عليه ذلك كالاجارة والعارية فلا يكون رجوعاً

حياته فان قبل الموصى له بعد موت الموصى ثبت له ملك الموصي به سواء قبضه أو لم يقبضه فان لم يقبل أو يرد فهى موقوفة لا يملكها الوارث ولا الموصي له بها حتى يقبل أو يرد أو يموت فان مات بعد موت الموصي قبل القبول أو الرد دخل الموصي به فى ملك ورثته

رابعاً — ان يخلط الموصي به بغيره بحيث لايمكن تمييزه كبر بمثله او يمكن ولكن بعسر ومشقة كشعير او فول ببر لانه كاستهلاكه — انظر مادة (٥٤٤)

واذا أوصى شخص بشيء من أمواله ثم جحد الوصية أي انكرها بان قال لم أوص ففيه خلاف فقال محمد لا يكون رجوعا وقال ابو يوسف يكون رجوعاً ووجّه محمد كلامه بان الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه اذ الجحود نفي لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعاً لاقتضي وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال ولابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فيكون أقوي من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى ان يكون رجوعاً وكل قوي

واتفقوا على ان الموصى لو قال البيت الذي أوصيت به لفلان جعلته لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى ببيت لشخص ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ولكن محل ذلك اذا كان فلان الآخر حيا فلو كان ميتا وهو يعلم بذلك فالوصية الاولى على حالها لانها انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقيت الاولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حيا ثم مات قبل موت الموصى بطلت الوصيتان الاولى بالرجوع والثانية بالموت وحينئذ يكون الموصي به لورثة الموصى — ولا يكون راجعا ايضا بتجصيص الدار وتبييضها

(مادة ٥٤٤) يجوز للموصى الرجوع في الوصية بقول صريح أو فعل يزيل اسم الموصي به ويغير معظم صفاته ومنافعه أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها أو

وكذا هدم بنائها لانهم قالوا ان هذا تصرف فى التابع - فتأمل فى مسألة الهدم - انظر مادة (٥٤٥)

ومتى كان الموصي به معيناً ومات الموصى استحقه الموصى له ان كان موجوداً فان كان الشيء غير موجود بان هلك او استهلكه الموصى حال حياته فلا يأخذ الموصى له شيئاً في مقابلته أما الاول فظاهر لانه هلك من غير تعد منه وأما الثاني وهو الاستهلاك فلان الموصي وان كان متعدياً الا انه لم يضمن أيضاً لان ملكه باق ما دام حياً فيكون استهلاكه للموصي به رجوعاً عن الوصية

ومثل هـذا ما اذا كان الشيء الموصى به موجوداً وقت موت الموصي وهلك عند الورثة من غير تعد منهم فانهم لا يضمنون شيئاً لان يدهم يد أمانة فلا يضمنون الا بالتعـدى ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصي له سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك أو بعده وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فان له ان يضمنهم بدله لان هلاكه وان كان من غـير تعديهم الا انهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا مستعدين بهذا المنع فيضمنون - انظر مادة (٥٤٦)

تصرف من التصرفات التي تزيله عن ملكه وكذا اذا خلط بغيره بحيث لايمكن تمييزه أو يمكن بعسر

(مادة ٥٤٥) جحد الوصية لا يكون رجوعاً مبطلا لها ولا تجصيص الدار الموصى بها ولا هدمها

(مادة ٥٤٦) اذا هلكت الوصية في يد الموصي أو في يد أحد من ورثته بدون

﴿ الفصل الثاني ﴾

« فى استحقاق الموصى لهم »

اعلم ان الموصي له اما ان يكون واحداً واما أن يكون متعدداً فان كان الاول نفـذت الوصية له من الثلث ان كان للموصى ورثة ولا فرق بين أن يكون الموصي مسلما أو ذميا فان زادت الوصية عن الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصي له الا ثلث مال الموصي وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٥٣٥) والمواد الخمس التي بعدها فلا تكتف بهذا فانه فى غاية الاجمال فلا يفيد المطلوب — انظر مادة (٥٤٧)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الموصى له متعدداً فاما ان تكون الوصية بعقد واحد واما ان تكون بعقود فان كان الاول كما اذا قال اوصيت لفلان وفلان بنصف مالى مثلا استويا فى الاستحقاق بعد اتباع الاحكام المتقدمة فى المواد المبينة فى شرح المادة السابقة — وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الوصية بعقود كما اذا قال اوصيت لفلان بربع مالى ولفلان بثلث مالى مثلا (ولنكتف بما اذا كانت الوصية لاثنين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم) فلا يخلو

تعديه فلا ضمان عليه واذا استهلكت فان كان استهلاكها من الموصى فهو رجوع وان كان من الورثة يكون ضمانها عليهم قبل القبول أو بعده

(مادة ٥٤٧) لا تنفذ وصية من له ورثة الا من ثلث ماله مسلما كان أو ذميا فاذا وصى لمن هو أهل للوصية بأكثر من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصي له ألا الثلث من جميع مال الموصي

الحال من أحد امور ثلاثة الاول ان يكون مجموع الوصيتين أقل من الثلث الثاني ان يكون مجموعهما مساوياً للثلث الثالث ان يكون مجموعهما زائداً على الثلث فان كان الاول كما اذا اوصي لواحد بجزء من عشرة من أمواله ولآخر بجزأين من عشرة أيضاً من أمواله فمجموع الوصيتين ثلاثة اجزاء من عشرة وهى أقل من الثلث فيأخذ كل من الموصى لهما وصيته أجازت الورثة او لم تجز لان له الحق فى ان يوصى بثلث ماله وان لم تجز الورثة فأولى ان يكون له الحق في الوصية بأقل من الثلث ـ وان كان الثاني وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين مساوياً للثلث كما اذا اوصى لواحد بسدس ماله ولآخر بسدسه أيضاً فمجموع الوصيتين الثلث تنفذ كل من الوصيتين ايضاً اتفاقاً اجازت الورثة اولم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذى هو نصف الثلث وكذا لو اختلفا فى الاستحقاق بأن أوصى لواحد بجزء من اثنى عشر جزءا من ماله ولآخر بثلاثة اجزاء من اثنى عشر جزءاً من ماله ايضاً فمجموع الوصيتين أربعة اجزاء من اثنى عشر جزءا وهى ثلث ماله فيأخذ كل منهما الموصي له به شاء الورثة او ابوا

وان كان الثالث وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث ففيه ثلاثة أمور الاول ان يستويا فى الاستحقاق الثانى ان يختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث الثالث ان يختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث وفي كل هذه الامور الثلاثة اماأن لاتجيز الورثة أن الوصيتين او تجيزهما فان كان الامر الاول وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث واستويا في الاستحقاق بأن اوصى لواحد بربع ماله ولآخر

بربعه أيضاً او لكل منهما بالثلث أو بالنصف او بالثلثين او بالكل ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثلث بينهما قسمة متساوية اتفاقاً لان ثلث المال يضيق عن حقهما ولا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد مايدل على الرجوع عن الاولى فاذا وجدكما اذا اوصي ببيت لشخص وبعد ذلك قال البيت الذى اوصيت به لفلان هو لفلان صار الكل للثاني لانه وجد ما يدل على الرجوع عن الاولى واللفظ يدل على قطع الشركة فاذا لم يدل اللفظ على قطع الشركة اشتركا كما اذا اوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما أنصافاً ولا تكون الوصية الثانية رجوعاً عن الاولى لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها

وان أجازت الورثة الوصيتين اخذ كل مايستحقه كاملا اذا وفي كل المال به كما اذا اوصى لواحد بالربع ولآخر بمثله او لواحد بالثلث ولآخر بمثله فان لم يف كل المال بحق كل منهما تساويا في القسمة كما اذا اوصي لواحد بالثلثين ولآخر بمثله او لواحد بثلاثة ارباع ولآخر بمثله او لواحد بالكل ولآخر بمثله فانهما يقتسمان كل المال عند الاجازة بالتساوى لما تقدم عند قسمة الثلث بينهما نصفين

وان كان الثانى وهو ما اذا اختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث كما اذا اوصى لشخص بسدس ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة اي اثلاثاً لصاحب السدس ثلث الثلث ولصاحب الثلث ثلثا الثلث لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما لانه هو الذي تنفذ فيه الوصية عند عدم

الاجازة فيقتسمانه على قدر حقهما فيجعل السدس سهماً والثلث سهمين لانه ضعفه فيجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث وان اجازت الورثة الوصيتين اخذ كل مايستحقه بالوصية من كل المال ولا يتأتى ان يضيق المال عن حقهما فيما نحن فيه لان الموضوع انهما اختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث

وان كان الثالث وهو ما اذا اختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث كما اذا اوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين أو بالكل او اوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل او اوصى لواحد منهما بالسدس ولآخر بالنصف ولم تجز الورثة الوصيتين فقال الامام الاعظم يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما اذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر باكثر منه لان الزائد عن الثلث لغو فكأنه اوصي الى كل منهما بالثلث واما اذا كانت وصية واحد منهما بأقل من الثلث والاخرى بأكثر منه كما اذا اوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف فانه يلغى الزائد على الثلث فكأنه اوصى لواحد بالسدس ولآخر بالثلث وحينئذ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس.

وقال الصاحبان يقسم الثلث بينهما مطلقا قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما فاذا اوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثا لصاحب الثلث ثلثه ولصاحب الثلثين ثلثاه لأن الثلثين ضعف الثلث واذا اوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما ارباعا ربعه لصاحب السدس وثلاثة ارباعه لصاحب النصف لان النصف يشتمل على ثلاثة اسداس فيستحق الموصي له به ثلاثة امثال مايستحق الموصى له بالسدس

واستدل الامام على قوله هذا بأن الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على البعض الآخر والثانى ثبت فى ضمن الاول ولما بطل الاول لحق الورثة وتأكد هذا البطلان بعدم اجازتهم له بطل مافى ضمنه وهو التفضيل فصار كأنه اوصي لكل منهما بالثلث فى صورة ما اذا كانت الوصية لواحد منهما به وللآخر بأكثر منه فيتنصف بينهما وكأنه اوصى لواحد باقل من الثلث وللآخر بالثلث فى صورة ما اذا كانت وصية واحد منهما السدس والاخرى اكثر من الثلث فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث والاقل منه

والصاحبان يوافقانه في ان غرض الموصى هذان الامران ولكن لا يلزم من بطلان الاول وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثاني وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر لان الثاني مستقل عن الاول وليس داخلا ضمنه فيكون الثاني غير باطل فيعمل به فاذا اوصى لواحد بالثلث ولآخر بالكل فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ماجعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بما يخص ذلك الزائد بأن يقسم ارباعاً ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد لصاحب الثلث .

والقاعدة عند الامام فى هذا هي ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب باكثر من الثلث ومعناها ان الموصي له باكثر من الثلث لا يأخذ من الثلث اكثر من الموصي له بالثلث وكذلك لا يأخذ الموصى له باكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث الا بنسبة الثلث الى الاقل منه ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهي السعاية والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة

وصورة السعاية ان يكون لرجل عبدان قيمة احدهما ثلاثون جنيهاً وقيمة الآخر ستون جنيهاً فأعتقهما فى مرض موته ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة العتق فيعتبر هذا العتق وصية لهما لان العتق فى مرض الموت يعتبر وصية فكأنه أوصى للأول بثلث ماله وهي ثلاثون جنيهاً وللثانى بثلثى ماله وهى ستون جنيهاً فمقتضى القاعدة المتقدمة للامام ان يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيهاً بينهما نصفين فيعتق من الاول نصفه ويسعى فى خمسة عشر جنيهاً للورثة ويعتق من الثاني ربعه ويسعى فى قيمة ثلاثة ارباعه وهى خمسة واربعون جنيهاً للورثة ولكنه خالف هذه القاعدة فى هذه المسألة وقال يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقاً للصاحبين وحينئذ يعتق من الاول ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه التى هى عشرون جنيهاً ويعطيها للورثة ويعتق من الثانى ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه وهى اربعون جنيهاً ويعطيها للورثة

وصورة المحاباة ان يكون لرجل بيتان قيمة احدهما ثلثمائة جنيه والآخر ستمائة جنيه فأوصي بان يباع الاول لشخص معلوم بمائة جنيه وبأن يباع الثانى لشخص آخر بمائتي جنيه ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة الوصيتين فمجموع ماله حينئذ تسعمائة جنيه والاول موصي له بمائتين وهي أقل من الثلث والثانى موصي له باربعمائة جنيه وهى أكثر من الثلث فمقتضى قاعدة الامام ان يقسم الثلث الذى هو ثلثمائة قسمة متناسبة بين المائتين والثلثمائة التى هى ثلث ماله فيأخذ الاول منها خمسيها والثانى ثلاثة اخماسها ولكنه خالف قاعدته فى هذه ايضا وقال بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر

وصية كل منهما موافقاً للصاحبين فى هذه فيقسم الثلث اثلاثاً ثلثه للاول وثلثاه للثاني وحينئذ يباع البيت الذى قيمته ثلثمائة جنيه للاول بمائتين والمائة وصية له ويباع البيت الذى قيمته ستمائة جنيه للثاني بأربعمائة جنيه والمائتان وصية له

وصورة الوصية بالدراهم المرسلة ان يوصى لشخص بأربعمائة جنيه ولآخر بثمانمائة جنيه وتركته قيمتها الف ومائتا جنيه لاغير ولم تجز الورثة الوصيتين فكأنه اوصي لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين ومقتضى قاعدة الامام المتقدمة ان يقسم الثلث بينهما نصفين ولكنه وافق الصاحبين فى هذه أيضاً وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما فيقسمه اثلاثاً ثلثه للاول وثلثاه للثاني فيعطي للموصى له باربعمائة ثلث الثلث وللموصى له بثمانمائة ثلثيه

ووجه استثناء الامام لهذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة ان الوصية فى غير هذه المسائل مصرح فيها لاحدهما بالزيادة على الثلث وهذه المسائل ليس فيها ذلك وانما جاءت الزيادة عليه من امر خارج عن الوصية وهو قلة التركة والشرع أبطل الوصية في الزائد على الثلث فيكون ذكره لغواً فلا يعتبر في حق الاخذ من الثلث بخلاف ما اذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما فى هذه الصور فانه ليس في العبارة مايكون مبطلا للوصية وانما حصلت المزاحمة بين الموصى لهما لان ثلث تركة الموصى لايفي بحق كل منهما واذا لم تكن باطلة بالكلية فتعتبر فى حق الاخذ من الثلث يدلك على هذا ان ثلث التركة ان كان يفي بحقهما فكل يأخذ حقه حتي لو ظهر له مال

بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصي له به ان كان يخرج من ثلث الكل

وان اجازت الورثة الوصيتين فان كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالثلثين أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به لان المال يفي بهما أما اذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالكل قسم المال ارباعاً بالاتفاق لان المال لا يفي بالحقين لكن عند الصاحبين بطريق العول وعند الامام بطريق المنازعة فيأخذ الموصي له بالثلث ربع كل المال والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه ووجه هذا على قولهما أن الموصي له بالجميع يدعى كله وهو ثلاثة أسهم والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو واحد من ثلاثة فتعول الى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث وثلاثة أرباعها لصاحب الجميع. ووجهه على قوله ان تقسم المال الى اثني عشر قسما فيقسم الثلث اولا بينهما نصفين لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة الاعتبار فيأخذ كل منهما سهمين ويبقى الثلثان وهما ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعى كلها وصاحب الثلث لا يدعى الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل اليّ سهمان وبقي حقي في سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة فتعطى للموصى له بالجميع بلا منازعة فتبقى في سهمين فتقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهو ربع المال وللموصى له بالكل تسعة من اثني عشر وهو ثلاثة أرباع المال — انظر مادة(٥٤٨)

(مادة ٥٤٨) اذا أوصى الي اثنين بأكثر من الثلث واستويا في الاستحقاق ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية واذا لم يستويا في الاستحقاق

ثم ان الوصية ان كانت بجزء من المال فاما ان يكون ذلك الجزء معلوماً واما ان يكون مجهولا فان كان الاول كالسدس او الربع او النصف اتبعت الاحكام المتقدمة فى شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التى تليها. وان كان الثانى كما اذا قال اوصيت لفلان ببعض مالى او بجزء او بنصيب منه فان كلا منهما مجهول بمعنى انه يتناول القليل والكثير اذ السدس او الثلث او النصف يقال له بعض المال وجزء منه فان كان الموصى حياً امر بالبيان فان عين اتبع بيانه لان هذا لا يعلم الا من جهته اذ هو الذي اوجب لغيره حقاً في ماله فيتبع بيانه فان مات من غير أن يبين فاما ان يكون له ورثة واما ان لا يكون فان كان الاول امرت الورثة بالبيان لانهم قائمون مقام الموصى فيعطى للموصى له ما عينوه وان قل — وان كان الثانى وهو ما اذا لم يكن له ورثة اعطي النصف للموصى له والنصف الآخر لبيت المال لان المستحق اثنان وهما غير وارثين فيقتسمان كل التركة مناصفة — انظر مادة (٥٤٩)

فان زادت وصية أحدهما على الثلث وكانت الاخري بالثلث يقسم الثلث أيضاً بينهما نصفين والموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث الا فى السعاية والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة التى لم تقيد بكسر من الكسور فان الثلث فيها يقسم بينهما على قدر حصتهما فى الوصية . وان لم تزد وصية أحد منهما على الثلث يقسم بينهما الثلث قسمة متناسبة على قدر حق كل منهما

« مادة ٥٤٩ » اذا أوصى بقـدر مجهول يتناول القليل والكثير كجزء أو سهم أو نصيب من ماله فالبيان فى ذلك للورثة ان لم يبينه الموصى ويعطون الموصي له ما شاؤا وان لم يكن له ورثة وأوصى بسهم من ماله لاحد فله نصف ماله والنصف الآخر لبيت المال

والوصية ان كانت لاثنين من أهل الاستحقاق فاما أن يكون احدهما حياً والآخر ميتاً وقت ايجاب الوصية واما ان يكونا حيين وقته فان كان الاول بأن قال شخص اوصيت لفلان وفلان بثلث مالى وأحدهما ميت فى هذا الوقت استحق الموجود منهما كل الثلث الموصى به لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها ولكن هذا مشروط بشرطين الاول ان يكون الموصى عالماً بوفاة أحدهما كما ورد عن ابي يوسف فان لم يعلم بموته فلا يستحق الحي الا نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لهما فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت تكون لاغية فيكون راضياً بكل الثلث للحي . الثانى أن لا يصرح بكلمة بين بأن قال ثلث مالى لفلان وفلان اما لو صرح بها بان قال ثلث مالى بين فلان وفلان فلا يستحق الموجود الا النصف ولو كان عالماً بوفاة أحدهما لان هذه الكلمة توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة . ألا ترى أن قوله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) مقتض للتنصيف بدليل الآية الثانية (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) — وان كان الثانى وهو ما اذا كان كل منهما موجوداً وقت الوصية ولكن مات أحدهما قبل موت الموصى او استمر حياً الا انه خرج من استحقاقه فى الوصية لفقدان بعض الشروط كما اذا قتل الموصى فانه يخرج بحصته من الموصى به فلا يستحق الآخر الا نصف الثلث الموصي به لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة فى حق الآخر — ومثل هذا ما اذا قال ثلث مالى لفلان وفلان ان مت وهو فقير فمات فلان وفلان الثاني غنى كان للاول نصف الثلث وكذا

لو قال ثلث مالى لفلان وفلان ان كان فلان فى هذا البيت ولم يكن فيه كان للاول نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة فى حق الآخر — وبالجملة فالاصل في هذه المسائل انه متى دخل كل منهما فى الوصية ثم خرج أحدهما لفقد شرط فلايوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل احدهما فى الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر فاذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصى بل بقى بعده استحق كل منهما نصف الموصي به ان قبلا فان ردا ملكته الورثة وان قبل أحدهما ورد الآخر اخذ القابل حصته والورثة حصة الراد فان قبل أحدهما ومات الآخر قبل القبول والرد دخل نصيبه في ملك ورثته استحساناً وان كان القياس يأبى ذلك كما تقدم لك في شرح مادة (٥٤٣) — انظر مادة (٥٥٠)

ثم ان الوصية اما ان تكون بجزء من كل المال واما ان تكون بجزء من نوع منه فان كان الاول، كما اذا قال اوصيت لفلان بربع مالى او بثلثه اعطينا الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوباً الى كل المال وقت وفاة الموصى اذا لم يمنع مانع من التنفيذ وان كان الثانى كما اذا قال اوصيت لفلان بثلث دراهمى او ثلث غنمي او خيلى فاما ان يكون النوع الذى اوصى بثلثه من الانواع

(مادة ٥٥٠) اذا أوصى بالثلث لاثنين معينين من أهل الاستحقاق وكان أحدهما ميتاً أو معدوماً وقت الايجاب فلا يستحق شيأ والثلث كله للحي أو الموجود فاذا مات أحدهما قبل موت الموصي أو خرج لفقد شرط ما بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يستحق الآخر الا نصف الثلث منه وكذا اذا جعله بينهما وأحدهما ميت فللحي نصفه — واذا مات أحد الاثنين بعد موت الموصي فلورثة ذلك الميت حق فى حصته

التى لا تقسم جبراً واما ان يكون من الانواع التي تقسم جبراً فان كان الاول كالخيل والغنم واستمر كل النوع الموصى بثلثه فى ملك الموصي حتى مات استحق الموصي له جميع ثلثه وان هلك منه شيء بعد الوصية وقبل موت الموصى سواء كان الهالك كثيراً او قليلا فلايستحق الموصى له الاثلث الموجود وقت موت الموصى فاذا فرضنا انه هلك الثلثان وبقي الثلث فليس له الاثلث ما بقي منه ولو خرج الثلث الباقى من ثلث جميع أموال الموصى اذ النوع صار مشتركا بينهما فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين ولان هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص فتبطل بفواته وقت الموت وهذا الحكم متفق عليه

وان كان الثانى وهو ما اذا كان النوع الموصي بثلثه من الانواع التى تقسم جبراً كالدراهم فان استمر ما كان موجوداً من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصى استحق ثلثه أيضاً أما اذا هلك شيء منه قبل موته ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون يستحق الموصى له ثلث كل النوع باعتباره وقت الوصية لاوقت الموت لكن بشرط ان يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصى

فاذا كان الهالك الثلثين أخذ الموصى له بالثلث الثلث الباقى بتمامه متى خرج من ثلث جميع أموال الموصى

فاذا فرضنا ان شخصاً أوصى لغيره بثلث دراهمه وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت الفاً وخمسمائة أخذ الموصى له الف درهم اذا كانت جميع أموال الموصى تساوى ثلاثة آلاف درهم فان كانت تساوى أقل أخذ الموصى له من الدراهم بمقدار ما يخرج من الثلث

وقال زفر لا يستحق الموصى له الا ثلث الموجود وقت موت الموصى ولو خرج جميعه من ثلث ماله وينبنى على قوله ان الموصى له لا يستحق في المثال المتقدم ذكره الا خمسمائة درهم ولو كانت للموصى أموال غيرها ووجه قول الامام وصاحبيه انه فى النوع الواحد الذى يقسم جبراً يجمع حق الموصى له في الباقى تقديماً للوصية على الميراث ولانه لولم يهلك شيء فللقاضى ان يجعل هذا الباقى له بخلاف ما اذا كان من الانواع التى لا تقسم جبراً . ووجه قول زفر أن النوع الموصى به صار مشتركا بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك فصار كما اذا كان الموصى ببعضه من الانواع التي لا تقسم جبراً وهو ظاهر ولذا قال كثير من المؤلفين نأخذ به لانه موافق للقياس

والفرق بين مالا يقسم جبراً وما يقسم جبراً أن أفراد النوع ان كانت مختلفة في القيمة كالغنم والخيل والبقر فهى من الانواع التى لا تقسم جبراً بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين أشخاص وطلب أحدهم قسمتها وامتنع الباقي لم يجبرهم القاضى على القسمة لان معنى المعاوضة غالب فيها في هذه الحالة فلا بد من الاختيار . وان كانت الافراد متساوية في القيمة كالدراهم والدنانير والبر والقطن المتحدين فى النوع والصفة كانت من الانواع التي تقسم جبراً فمتى طلب القسمة أحد الشركاء وامتنع الآخر ألزمه القاضى بها لان القسمة فى هذه الحالة يغلب فيها افراز أحد النصيبين عن الآخر وهذا لا يلزم فيه الرضا — انظر مادة (٥٥١)

(مادة ٥٥١) اذا أوصي لاحد بعين أو بنوع معين من الانواع التى تقسم جبراً كثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه المتحدة جنساً فهلك ثلثاه فله الباقى بتمامه ان خرج من

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بجزء معين سواء أضيف هذا الجزء الى كل المال او الى نوع منه أما اذا اوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كألف جنيه مصرية وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصى ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية نفذت ولكن اذا لم يكن بعض التركة ديوناً فاذا كان فيها ديون والمبلغ الموصى به يخرج من ثلث الاموال الموجودة غير منضمة الى الديون أخذ الموصى له هذا المبلغ من المال الموجود اذ لاضرر على الورثة ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الديون شيئاً أما اذا كان المبلغ لا يخرج من ثلث التركة الا بضم الديون اليها فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الاموال الموجودة بل يأخذ ما يخرج من ثلثها والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون فكلما يقبض شئ منها يأخذ ثلثه حتى يكمل له المبلغ فاذا فرضنا أن شخصاً اوصي لغيره بألف جنيه مصرية ومات تاركا مالاً يساوى أربعة آلاف جنيه وليس في هذا المبلغ دين له او كان من ضمنه الف جنيه ديناً اعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه لانه يخرج من ثلث الاموال الموجودة وان كانت التركة تساوى ثلاثة آلاف جنيه ومنها الف دينا أعطينا الموصى له ثلثي الالفين وكل ما اخذ من الألف الدين يدفع له ثلثه الى أن يستوفي حقه لاننا لو اعطيناه الفا من الالفين الموجودين لتضررت الورثة اذ ربما لا يحصلون على شئ من الدين ولو منعناه أخذ شئ من الموجود وأحلناه على المدونين يستوفي حقه منهم لتضرر هو

ثلث باقي جميع أصناف مال الموصى وان أوصى له بصنف او نوع مما لا يقسم جبراً كثلث دوابه أو ثيابه المتفاوتة جنساً فهلك الثلثان فليس له الا ثلث ما بقي منه وان خرج من ثلث كل المال

لانه قد لايحصل على شئ منهم لعدم قدرتهم فلا بد من اعمال طريقة لا ضرر فيها على واحد منهما وهى الطريقة التى بيناها فانبهها — انظر مادة (٥٥٢)

الفصل الثالث

(في الوصية بالمنافع)

قد عرفت ان تعريف الوصية فى اصطلاح الفقهاء هو تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع فيؤخذ من هذا أن الوصية كما تصح بالاعيان تصح بالمنافع اذ التمليك يشملهما لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل ويكون اجارة أو بغير بدل ويكون اعارة فكذا بعد الممات ويكون وصية ومتى صحت الوصية بمنافع الاعيان كان الشئ الموصى بمنفعته محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة ولذا يتملكها الموصي له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وينبنى على صحة الوصية بالمنافع انه اذا اوصى شخص لآخر بسكنى داره او بغلتها أو بغلة ارضه صح ذلك ولكن عند الوصية بما ذكر لا يخلو الحال من احد امور ثلاثة الاول ان ينص على الابد الثانى ان يطلق الوصية الثالث ان يقيدها بمدة معينة فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بسكنى بيتى أو بغلة ارضى الفلانية ابداً استحق الموصي له الغلة والسكنى مدة حياته وبعد موته ترد الى ورثة الموصى وان كان الثانى بان قال أوصيت لفلان بسكنى

(مادة ٥٥٢) اذا أوصي لاحد بمقدار معين من الدراهم وله دين من جنسها وعين فان خرج القدر الموصى به من ثلث العين دفع اليه والا يدفع له ثلث العين وكل ما تحصل

داري أو بغلة ارضى فالحكم كالاول وان كان الثالث كما اذاقال اوصيت لفلان بغلة ارضى وبين مدة فاما ان تكون المدة غير معينة واما ان تكون معينة فان كان الاول كما اذا قال اوصيت لفلان بغلة ارضي الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هذه المدة بعدموت الموصى لانه وقت التمليك وان كان الثاني بأن قال اوصيت لفلان بسكنى بيتي الفلاني سنة ١٣٢٢ هجرية فان مضت السنة المذكورة والموصي حي بطلت الوصية لانه لا يستحق الا بعدموت الموصي وقدعين زمناً ومضى هذا الزمن في حياته فلا يثبت الاستحقاق في غيره وان مات قبل مضيها استحق الموصي له السكنى فيها ومثله ما اذا مات بعد مضى بعضها

وهذا اذا كان المدد مصرحا به في الوصية اما اذا لم يصرح به بأن قال اوصيت لفلان بغلة أرضي سنين استحق الموصى له الغلة ثلاث سنين لا أكثر لانه جمع والجمع وان كان يطلق على الاكثر منها الا ان المحقق هو أقل ما يطلق عليه وهو ثلاث فاتبعناه تاركين المشكوك فيه — انظر مادة (٥٥٣)

ولكن لا يستحق الموصي له سكنى البيت او غلة الارض طول عمره او المدة التي عينها الموصي الا اذا كان البيت الموصى بسكناه او الارض الموصى بغلتها تخرج من ثلث اموال الموصى فان كان الثلث يضيق عنها فلا يستحق الموصى له الا بقدر ما يخرج من الثلث اذا لم تجز الورثة وحينئذ فاما ان لا يكون للموصى مال سوي البيت الموصى بسكناه او يكون فان كان الاول اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة في المكان او الزمان لان الحق

من الدين يدفع اليه ثلثه حتى يستوفى حقه

(مادة ٥٥٣) اذا أوصي لاحد بسكني داره أو بغلتها ونص على الابد أو أطلق

لهم فالاولى بان يقسم البيت اثلاثا لينتفع كل باستحقاقه الى ان يموت الموصى له او يمضي الزمن المعين فيرد جميعه الى الورثة والثانية وهى المهايأة بحسب الزمان بان يسكنه الورثة سنتين والموصى له سنة الى ان يموت او يستوفى ما عين له وبعد ذلك يكون جميعه للورثة الا ان الاولى اعدل لان فيها التسوية بينهما زمانا ومكانا وفي الثانية تقديم احدهما زمانا وعند ما تكون المهايأة بحسب المكان لا يجوز للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من الثلثين لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية وانما اعطيناه الثلث لعدم ظهور مال للموصى سوى البيت ومن الجائز ان يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثه فيكون له الحق فى سكنى جميعه وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه وعند ابي يوسف انهم يملكون ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول

وان كان الثاني وهو ما اذا كان للموصى مال غير البيت الموصى بسكناه الا أنه لا يخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال فاذا كان البيت نصف التركه استحق الموصى له ثلثيه والورثة الثلث لان ثلثي البيت ثلث التركة فتنفذ الوصية فى ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية المسائل

هذا اذا كانت الوصية بالسكنى فان كانت بالغلة سواء كانت على البيت

الوصية ولم يقيدها بوقت فللموصي له السكنى والغلة مدة حياته و بعد موته ترد الى ورثة الموصي وان قيدت الوصية بمدة معينة فله الانتفاع بها الى انقضاء تلك المدة وان أوصى له بالمنفعة سنين تنصرف الى ثلاث سنوات لا أكثر

أو الارض فلا يقسم البيت او الارض بل يؤجر كل منهما وتقسم الاجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له. والذى علم ان الوصية سواء كانت بالسكنى او بالغلة ينظر فيها الى العين الموصى بسكناها او بغلتها فان كانت نفس العين تخرج من الثلث سلمناها الى الموصي له للانتفاع بسكناها او بغلتها على حسب عقد الوصية وان لم تخرج منه سلم اليه منها بمقدار الثلث فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالاعيان واستظهر ابن عابدين أن فى المسألة روايتين احداها هذه ووجهها أن المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لا منفعة لها فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها والثانية ان النظر الى المنفعة الموصى بها فتقوم المنفعة وينظر الى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصى ويبنى على هذه الرواية أنه اذا أوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة قومنا سكنى البيت فى هذه المدة ونسبنا هذه القيمة الى أموال الموصى فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت الى الموصى له للانتفاع بسكناه هذه المدة فاذا فرضنا أنه يستأجر فيها بثلثمائة وستين جنيهاً وكانت قيمة البيت ألفاً وخمسمائة سلمناه جميعه الى الموصى له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الاولى فانه لا حق له الا فى ثلث البيت ووجه هذه الرواية أن الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر انما يكون للموصى به لا لغيره والاولى هى المتداولة في أكثر الكتب وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية اذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول عمر الموصى له — انظر مادة (٥٥٤)

(مادة ٥٥٤) اذا خرجت العين الموصى بسكناها أو بغلتها من ثلث مال الموصى

فاذا اراد الموصى له ان يستوفى الموصى به بان اراد ان يسكن البيت في الوصية بالسكنى او يستغله فى الوصية بالغلة فلا حق لاحد في معارضته أما اذا اراد ان يستوفى غير الموصي به بان اراد من له السكنى الاجارة واخذ الاجرة او اراد الموصى له بالغلة ان يسكن بنفسه فلا يمكن من ذلك أما الاولى فباتفاق الحنفية وقال الامام الشافعي رضى الله تعالى عنه يملك ذلك لانه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تمليكها لغيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها ليست بتمليك وانما هي اباحة عنده

ودليلنا ان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل فكذلك الوصية وتحقيق هذا الدليل ان التمليك ببدل لازم وبغيره ليس لازما ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد موته لا تمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو ففي وضعه غير لازم

واما الثاني وهو ما اذا كانت الوصية بالغلة وأراد الموصى له السكنى بنفسه ففيها خلاف بين الحنفية فمن قال بالجواز وجه كلامه بان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ولان الغير يسكن لاجله فاذا سكن بنفسه جاز

تسلم الى الموصى له للانتفاع بها على حسب الوصية وان لم تخرج من الثلث وكانت محتملة للقسمة ولم يكن للموصى مال غيرها تقسم أثلاثاً ان كانت الوصية بالسكنى أو تقسم غلتها ان كانت بالغلة ويكون للموصى له الثلث وللورثة الثلثان ولا يجوز لهم بيع الثلثين مدة الوصية وان كان للموصى مال غيرها تقسم بقدر ثلث جميع المال

ايضاً ومن قال بعدمه وجه كلامه بان الغلة دراهم او دنانير مثلا وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين على الموصى يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها ولكن يقال على هذا اذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه لانه استوفى غير حقه في المسألتين وصرحوا بان الثاني أصح فتأمل — انظر مادة (٥٥٥)

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بالغلة أو بالسكنى أما اذا كانت بالثمرة كما اذا قال شخص أوصيت بثمرة أرضى أو بستانى لفلان فاما ان يقول أبداً واما ان يعين مدة واما ان يطلق فان كان الاول استحق الموصي له الثمرة ما عاش اذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصى وان كان الثاني استحقها المدة المعينة وان كان الثالث بان قال اوصيت لفلان بثمرة بستاني ولم يزد شيأ فاما ان يكون به ثمرة وقت موت الموصى واما ان لا يكون فان كان الاول استحق الموجودة فقط وان كان الثانى استحقها مدة عمره وحينئذ تكون الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة في صورة الاطلاق فانه في الوصية بالغلة في هذه الصورة يملك الغلة مدة عمره كما لو نص على التأييد فيحتاج الى الفرق بينهما وهو مبنى على العرف لان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم اما الغلة فتشمل الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى في العرف ولذا يقال فلان يأكل من غلة بستانه وارضه وبيته فاذا اطلقت تتناول

(مادة ٥٥٥) الموصى له بالسكنى لاتجوز له الاجارة وللموصى له بالغلة لا تجوز له السكنى

الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة اخرى

واما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما شملت الغلة الموجود والمعدوم في صورة الاطلاق وكانت غير موجودة وقت موت الموصى لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز واذالم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز فيستحق كل المعدوم ماعاش وحيث ان العرف هو الفارق بينهما فاذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع — انظر مادتى (٥٥٦و٥٥٧)

فالذى علم ان الموصى له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصية وبعد انتهاء الزمن المعين أو موته يرد الى الورثة لانها باقية على ملكهم ولكن هذا اذا لم يوص بنفس الشئ لغير الموصى له بالمنفعة فان فعل ذلك اتبعت وصيته فينتفع الموصي له بالمنفعة المدة المعينة أو مدة عمره على حسب عقد الوصية وبعد الانتهاء تسلم العين الى الموصى له بالرقبة ان كان حياً والا فلورثته وفى وقت انتفاع الموصي له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشيء على

(مادة ٥٥٦) اذا اوصى بغلة ارضه لاحد فله الغلة القائمة بها وقت موت الموصى والغلة التي تحدث بها فى المستقبل سواء نص على الابد فى الوصية أو اطلقها

(مادة ٥٥٧)اذا اوصى بثمرة ارضه او بستانه فان اطلق الوصية فللموصي له الثمرة القائمة وقت موت الموصي دون غيرها مما يحدث من الثمار بعده وان نص على الابد فله الثمرة القائمة وقت موته والثمرة التى تتجدد بعده وكذلك الحكم اذالم يكن في العين الموصي بها ثمار وقت وفاته

صاحب المنفعة كالمستعير فان عليه نفقة المستعار فاذا كان الموصى به أرضاً فالعشر والخراج والمصاريف اللازمة للاصلاح على المنتفع ان كان بها شيء يستغل والا فهى على مالك الرقبة لان المصاريف والحالة هذه تكون لاصلاحها فتلزم مالك الرقبة — انظر مادة (٥٥٨)

﴿ الفصل الرابع ﴾

في تصرفات المريض

لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح بين الفقهاء أحكام تصرفات الاول فى مبحث على حدته ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفاً لحكم تصرفات الصحيح بل المريض مرض الموت فاذن لا بد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذى تصدر منه وقد اختلفوا فى تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة والمعول عليه منها أنه هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض ولا شك ان هذا يختلف باختلاف الاشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوقى والكاتب والمدرس والقاضي وهذا فى حق الرجل

(مادة ٥٥٨) اذا أوصى لاحد بالغلة ولآخر بأرض جازت الوصيتان ويكون العشر والخراج والسقي وما يلزم من المصاريف لاصلاح الارض على صاحب الغلة في صورة ما اذا كان بها شيء يستغل والا فهي على الموصي له بالعين

اما في حق المرأة فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت فظهر انه لابد في مرض الموت بالنسبة للمذكر والمؤنث من امرين وهما غلبة الهلاك منه والعجز عن القيام بالمصالح فاذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غلبة الموت كالرمد وكسر الرجل مثلا فلا يعد هذا مرض الموت لانتفاء غلبة الهلاك وليس المريض وحده هو الذي تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح بل هناك اصحاء يلحقون به في احكام تصرفاتهم وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالباً ويتفرع على هذا أنه اذا تبارز رجلان او حكم على شخص بالاعدام لارتكابه جريمة القتل مثلا وقدم ليقتص منه او كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الامواج وخيف غرقها او غرقت بالفعل او افترس سبع شخصاً وبقي حياً في فمه وتصرف كل منهم في هذه الحالة يعتبر هذا التصرف كتصرف المريض مرض الموت ثم ان بعض الامراض لايستمر طويلا كالتيفوس فان من مرض به يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد فان تصرف صاحبه فان صح او مات سرت عليه احكام الاصحاء او المرضى وبعضها قد يمكث زمنا طويلا كالسل والفالج فاذا تصرف المريض بواحد منهما اختلفت الاقوال في اعتباره صحيحاً او مريضا مرض الموت فبعضهم يقول مادام يزداد مابه فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضا مرض الموت وان لم يزدد اعتبر صحيحاً ومن قائل ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض مرض الموت وان كان يرجي اعتبر صحيحاً وبعضهم يقول لو طال وصار بحال لايخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحاً وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة و بعضهم اعتبر العرف

وبعضهم يقول ان لم يلازم فراشه فهو صحيح والا اعتبر مريضاً والمعول عليه منها انه مادام يزداد مابهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بان تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير فى أحوالهم بحيث لايخشي الموت منه تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح فتى كان الشخص في حالة يغلب عليه فيها الهلاك سواء كان مريضاً او واقعاً فى حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً وتصرف وهو فى هذه الحالة ومات من مرضه أو وهو على تلك الحالة حكمنا على هذا التصرف بانه صدر منه وهو مريض مرض الموت اووهو ملحق به فتجرى عليه الاحكام المناسبة له

وبعد ماتقدم يمكننا ان نقول ان الاشخاص وان كانوا ينقسمون بحسب التصرفات التى تصدر منهم الى اقسام كثيرة الا انه يصح تقسيمهم بحسب هذا المقام الى قسمين الاول الصحيح الثانى المريض مرض الموت والملحق به وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة فاستمع لما يلقي عليك حتى تعرف حكم تصرف كل

التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام الى قسمين . القسم الاول التصرفات المنجزة الثاني التصرفات المضافة الى ما بعد الموت والأولى إما ان تكون انشائية وهى التى يقارن مدلولها التلفظ بها كالهبة والبيع والوقف فان التمليك لا يحصل الا وقت صدورها واما أن تكون اخبارية وهى التي تكون حكاية عن شئ مضى قبل التلفظ بها وهو الاقرار فان كان التصرف منجزا وكان المتصرف صحيحاً فاما ان يكون غير محجور عليه واما أن يكون محجوراً عليه فان كان الاول نفذت هذه التصرفات من جميع ماله سواء كانت انشائية او

اخبارية وسواء كانت لوارث او لغير وارث وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأزيد منها أو تصرفات تبرع كالهبة والصدقة ويتفرع على هذا أنه اذا باع الشخص المذكور لمن أراد أو اشترى ممن شاء او تصدق على من أراد فلا حق لأحد فى الاعتراض عليه في جميع هذه التصرفات وقد تقدم لك هذا المبحث بالنسبة للهبة فى شرح مادة ٥٠٣ فراجعه فانه مفيد

وان كان الثاني وهو ما اذا كان محجوراً عليه اختلفت احكام التصرفات بالنسبة لسبب الحجر الذى قام به واسباب الحجر ستة على ما تقدم فى محله وهى الصغر والجنون والعته والسفه والدين والغفلة فاذا أردت ان تعرف احكام تصرفات واحد منهم فما عليك الا ان ترجع الى مبحثه في الحجر تجدها مفصلة تفصيلا حسناً — انظر مادتي (٥٥٩ و ٥٦٢)

وان كان التصرف مضافا الى ما بعد الموت وهو الوصية بأن قال وهبت لفلان نصف مالى بعد وفاتي او أوصيت له به فلا تنفذ من كل المال بل من الثلث سواء كان صدورها في حال الصحة او فى حال مرض الموت ولكن نفاذها من الثلث ليس فى جميع الاحوال بل قد تنفذ الوصية من كل المال

(مادة ٥٥٩) التصرف الانشائى المنجز الذى فيه معنى التبرع ان صدر من أهله فى حال صحة المتبرع ينفذ من جميع ماله

(مادة ٥٦٢) هبة المقعد والمفلوج والمسلول تنفذ من كل ماله اذا تطاول ما به سنة ولم يخش موته منه فان لم تطل مدته وخيف موته بان كان يزداد ما به يوماً فيوماً يعتبر تصرفه من الثلث

وقد لا تنفذ في شيء منه لان الحكم يختلف باختلاف حال الموصى والموصي له والموصي به فلا تكتف بما ذكر في هذه المادة لانه في غاية الاجمال فلا يفيدك شيئاً فاذا أردت التفصيل الذي لا مزيد عليه بالنسبة لهذا المقام فارجع الى شرح مادة ٥٣٤ والمواد الخمس التي بعدها تجد كل ما تريده في هذا الموضوع — انظر مادة (٥٦٠)

وان كان التصرف منجزاً وكان المتصرف مريضاً مرض الموت والتصرف انشائي كالهبة والوقف والبيع والشراء وغيرها من المعاملات حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية وحينئذ ننظر الى هذه التصرفات فتارة يكون التصرف الذي صدر منه تبرعاً محضا كالهبة والوقف وتارة يكون تصرف معاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأكثر منها فان كان الاول بأن وهب لشخص شيئاً من املاكه نظرنا الى الواهب والموهوب له والشيء الموهوب كما نظرنا الى الموصي والموصي له والموصى به وعند ذلك لا يخلو الحال من التفصيل الآتي وهو :

الواهب الذي هو مريض مرض الموت اما ان يكون غير مديون واما ان يكون مديوناً فان كان مديوناً فاما ان يكون دينه مستغرقاً لتركته واما ان يكون غير مستغرق لها وعلى كل حال فاما ان يكون الموهوب له وارثاً للواهب او اجنبياً منه وان كان أجنبياً فاما ان يكون للواهب وارث اولا وفي كل هذه الاحوال اما ان يكون الموهوب أقل من ثلث تركته أو مساوياً له

(مادة ٥٦٠) التصرف المضاف الى ما بعد الموت ينفذ من ثلث المال لا من جميعه وان كان صدوره في حال الصحة

او أكثر منه وكل له حكم يخصه واليك البيان فان كان الواهب غير مديون اصلا وكان الموهوب له اجنبياً منه ولم يكن له وارث نفذت الهبة كلها ولو كان الموهوب كل التركة فلا حق لأحد فى المعارضة ولا بيت المال بل اذا لم تكن الهبة بالكل فله الباقي وان كانت بالكل فلا يستحق شيئاً والسبب في ذلك ان الموهوب له فى هذه الحالة يعتبر موصي له وهذا مقدم على بيت المال في الاستحقاق والمتأخر لا حق له فى معارضة المتقدم

وان كان الواهب مديوناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلا وتركته تقوم بهذا المبلغ فلا تنفذ الهبة سواء كان الموهوب قليلا او كثيراً وسواء كان الموهوب له أجنبياً من الواهب او وارثاً له الا اذا أبرأه الدائنون فانها تنفذ ولو استغرقت جميع المال ولا عبرة باجازة الورثة فى هذه الحالة لان الحق ليس لهم اذ حقهم فى الارث مؤخر عن قضاء الديون فالاجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق فان شاء ألغاها وان شاء أمضاها

وان كان الواهب مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الفي جنيه وتركته تساوى اربعة آلاف جنيه نخرج من التركة اولا مقدار الديون ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهبة فى حالة ما اذا كانت التركة خالية عن الدين

وان كان الواهب غير مديون وكانت الهبة لوارث وكان للواهب ورثة غيره فلا تنفذ الهبة الا اذا اجازتها الورثة سواء كانت الهبة بأقل من الثلث او به او بأكثر منه لان فيه ايثار بعض الورثة على البعض الآخر فاذا لم

نحفظ لهم الحق أدى ذلك الى قطيعة الرحم وهي منهي عنها

ويشترط في صحة الاجازة أن يكون المجيز من اهل التبرع فاجازة الصبي والمجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه غير معتد بها لان كلا منهم ليس اهلا له ويعتبر كون الموهوب له وارثاً او غير وارث وقت موت الواهب لا وقت الهبة كما حكمنا بهذا الحكم على الوصية

وان كان الواهب غير مديون وكانت له ورثة وكان الموهوب له اجنبياً منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة نفذت الهبة وان لم تجزها الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت فيه وان اجازوها نفذت لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه فيزول المانع والاصل في هذا حديث سعد بن ابى وقاص رضي الله تعالى عنه المتقدم فى شرح مادة (٥٣٧) ومثل الهبة فيما ذكر الضمان وهو الكفالة التى هي ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بالدين فاذا كان شخص مديناً لآخر فى خمسمائة جنيه مثلا وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ كان هذا كفالة فاذا فرضنا ان الضامن كان مريضاً مرض الموت وكان كل من المضمون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) اجنبياً منه ولم يكن له وارث نفذ الضمان فللدائن الحق فى أخذ الدين المضمون به من تركته وليس لاحد حق فى معارضته ولو استغرق هذا الدين كل التركة وان كان الضامن مديوناً ودينه مستغرق لتركته فلا ينفذ الضمان ولو قل الدين المضمون به الا اذا ابرأه الدائنون الذين تعلق حقهم بأمواله قبل هذا الضمان لان الحق لهم فى هذه الحالة

وان كان الضامن مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته نخرج من التركة أولا مقدار الديون الثابتة ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الدين بالحكم على الضمان في حالة خلو التركة عن الديون

وان كان الضامن غير مديون اصلا وكان المكفول له او عنه وارثاً وكان للضامن ورثة غيره فلا ينفذ هذا الضمان الا اذا اجازته الورثة وكانوا من أهل التبرع سواء كان الدين المضمون قليلا او كثيراً فان أجازت الورثة ثبت للمضمون له أخذ الدين من التركة وان لم يجيزوا فلا حق له في أخذ شيء منها بل يأخذ دينه من المدين الاصلي وهو المكفول عنه

وان كان الضامن غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له وعنه اجنبياً منه فان كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال نفذ وان لم تجزه الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان ردوه بطل وان اجازوه نفذ لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع وقس باقي تصرفات المريض التي هي تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة والضمان

وان كان الثاني وهو ما اذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة حكمنا على المبلغ المحابى به حكمنا على الوصية فننظر الى حال البائع والمشتري والقدر المحابى فيه ونجري الاحكام المتقدمة وذلك أن الشخص المريض مرض الموت اما ان يبيع لوارث او لغير وارث وعلى كل فاما أن يكون مديوناً او غير مديون وان كان مديوناً فاما ان يكون الدين مستغرقا لتركته او غير مستغرق لها واليك بيان الاحكام : فان باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو بغبن يسير وكان المريض غير مديون كان هذا البيع موقوفاً

على اجازة باقي الورثة فان أجازوه نفذ وان ردوه بطل. وان باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبياً منه وليس على المريض دين او كان عليه ولكنه غير مستغرق لتركته فان كان البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير كان هذا البيع نافذاً لازماً فليس لاحد من الورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد ومثل الورثة الدائنون ان كان الغبن لا يؤثر على حقوقهم

وسبب هذا الحكم فى هذه الحالة والتى قبلها ان المريض ممنوع من ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها واما في حق غير الورثة فهو ممنوع من ابطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منها الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له ان يحابي غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع به فبعد موت المريض تكون الغرماء أحق بمالية التركة والورثة أحق بالاعيان ولذا كان لهم ان يستخلصوها بالقيمة من الدائنين حتى لو كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الورثة استخلاصها ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لانهم عند استغراق التركة بالدين وان كان لا ملك لهم حق استخلاصها أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يدفعوا فعلا فيكون للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء بخلاف الاجنبي فانه لو نقد الدين لا يجبر صاحب الدين على القبول لان الاجنبي ليس له استخلاص التركة. وهذا اذا كان الدين مساويا لقيمة التركة فلو كان زائداً عنها فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة لان الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح فى استبقاء الاعيان اذ من الجائز أن يبيعوها بعد زمن بما يستوفون منه جميع ديونهم. والحكم الثابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم

فاذا سلم بعضهم فى الاعيان للدائنين ولم يرد دفع قيمتها كان للبعض الآخر حق في الاستخلاص

وما تقدم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الامام الاعظم ووافقه الصاحبان فى الحالة الثانية وهى ما اذا كان البيع لغير وارث وخالفاه في الحالة الاولى وهى ما اذا كان البيع لوارث فقالا ان كان البيع بمثل القيمة فلا حق لباقي الورثة فى الاعتراض على هذا البيع لانتفاء التهمة ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذي أخذه المورث عينا اخرى مثل المبيعة أما لوكان الثمن انقص من القيمة ولو يسيراً فيوقف على اجازتهم فان لم يجيزوا تخير الوارث المشتري بين امرين — الاول ان يبلغ المبيع تمام القيمة وحينئذ يسقط حقهم في الاعتراض — الثانى أن يفسخ البيع ويرد المبيع الى التركة ويستلم الثمن الذى دفعه للمورث

وقد ظهر من هذا ان علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند الصاحبين هي وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ وان لم تجزه الورثة وعند الامام الاعظم هي ايثار بعض الورثة بالاعيان

ويؤخذ حكم ما اذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئاً من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبين

وان باع المريض لغير الوارث أيضاً وكان غير مديون ولكن البيع فيه غبن فاحش وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة — الاول ان يكون النقص الذى حصل فى الثمن أقل من ثلث ماله — الثاني ان يكون مساوياً له — الثالث ان يكون زائداً على الثلث . فان كان الاول أو الثاني فهو محاباة جائزة من المريض للمشتري فليس للورثة حق فى

الاعتراض على المشترى لان المريض له أن يتبرع فى مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذاً وان لم تجزه الورثة

وان كان الثالث وهو ما اذا كان النقص الذى حصل في الثمن زائداً على الثلث خيرت الورثة بين امرين الاول اجازة الزائد على الثلث وحينئذ فلا يلزم المشترى بشىء لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه — الثانى ان لايجيزوه وفى هذه الحالة يخير المشترى بين امرين الاول ان يدفع للورثة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين — الثاني ان يفسخ البيع ويرد المبيع الى الورثة وحينئذ يعطى المشتري مادفعه من الثمن لما علم مراراً ان المريض ليس له ان يعطى غير الوارث اكثر من الثلث الا باجازة الورثة — فلو فرض ان شخصاً باع وهو مريض مرض الموت بيتا الى أجنبي منه بمائتى جنيه وكانت قيمة البيت تساوى خمسمائة جنيه فيكون قد حاباه بثلثمائة جنيه فان كانت جميع اموال المريض تساوى الف جنيه فليس للورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد لان القدر المحابي به وهو الثلثمائة اقل من ثلث أموال المريض ومثله ما اذا كانت جميع أمواله تساوى تسعمائة جنيه لان القدر الذى حابى به المشترى مساو للثلث فينفذ وان لم تجز الورثة . ولو كانت جميع أموال المريض تساوى ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد لانه في هذه الحالة يكون القدر المتبرع به اكثر من الثلث اذ هو ثلثمائة وثلث أموال المريض مائتان فقط فيثبت لهم هذا الحق وحينئذ فاما ان يفسخ المشترى البيع ويسلم المبيع الى الورثة ويستلم الثمن الذى دفعه واما ان يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما اربعمائة فى هذا المثال وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية له وهذا أحسن له كما هو ظاهر

وان كان المريض الذى باع شيئاً من املاكه لاجنبي منه بغبن فاحش مديونا ولكن دينه غير مستغرق لتركته فما علينا الا أن نخرج مقدار الدين من التركة ونحكم على المبلغ الباقي بعد اخراجه بالاحكام التى حكمنا بها في الاحوال التى يكون المريض فيها غير مديون اصلا

وان باع المريض لغير الوارث وكان عليه دين مستغرق لتركته فان لم يكن فى البيع محاباة أصلا بان كان بمثل القيمة فلا حق للدائنين فى الاعتراض لان حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها فالمدين وان كان قد اخرج شيئا عن ملكه بهذا العقد الا انه ادخل فيه مايقابله من الثمن المساوى لقيمته اما لو كانت فيه محاباة سواء كانت قليلة او كثيرة فلا ينفذ الا باجازة الدائنين لان الحق لهم لا للورثة فى هذه الحالة اذ الارث مؤخر عن قضاء الديون فاذا لم يجيزوا يخير المشتري بين امرين الاول فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن وحينئذ يضم المبيع الى التركة وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين ان وفى بديونهم والا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه ولكن هذا اذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ماعليها من الديون فان ارادوا ذلك اجيبوا الى طلبهم لان حق الدائنين متعلق بمالية التركة لا باعيانها كما علم قريبا. الثاني ان يبلغ المشترى المبيع تمام قيمته وفى هذه لاينزع الدائنون المبيع من تحت يده اذ لاضرر يلحقهم

وانما لم ينظر للمحاباة في هذه الحالة ويقال فيها ما قيل فيما اذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحاباة التى تخرج من الثلث والتي تزيد عليه لانه لو كان مديونا لم يثبت له حق في المحاباة اصلا اذ حق الدائنين مقدم على من سواهم لان ما يأخذونه فى مقابلة ما أعطوه بخلاف المتبرع له

فانه يأخذ المتبرع به بلا عوض ولكن محل تخيير المشترى بين الامرين المتقدمين اذا كان كل منهما ممكنا فان تعذر احدهما كما اذا هلك المبيع تحت يده اوأخرجه عن ملكه الزم باتمام الثمن الى ان يبلغ القيمة

ومثل البيع فى كل الاحوال المتقدمة الشراء فاذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح او من اجنبي وكان غير مديون اومديونا سواء كان دينه مستغرقا لتركته او غير مستغرق لها اتبعت الاحكام المتقدمة فى البيع لكن ان كان فى العقد محاباة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع في صورة الشراء بخلاف البيع فانها معتبرة بالزيادة فى القيمة لان المحاباة فيها لا تكون الا بذلك

واما محاباة المريض فى الاجارة بأن آجر ارضاً له ثلاث سنين بألف جنيه وكانت قيمة اجرتها في هذه المدة ألفين فلا يظهر ان حكمها كحكم الوصية لان الاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت لان الاجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفي حياته لا ملك لهم فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر ومثل الاجارة الاستئجار بان استأجر شيئاً باكثر من قيمته وكانت المحاباة كثيرة فتأمله

ولا يمكننا الحكم على المرض بانه مرض موت الا اذا مات به الشخص لأنه يؤخذ من الاضافة انه هو المرض الذى يكون الموت فى نهايته ولذا لو برىء منه المريض حكمنا على جميع تصرفاته بالاحكام التى نحكم بها على تصرفات الاصحاء

وقد نصوا على ان جميع تصرفات المريض نافذة فى حال حياته ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض لانه من الجائز ان يبرأ هو منه وان كان غيره يموت به لان الآجال لا يعلمها الا الله وكثيرا ما تخلفت ظنون الحكماء قال تعالى (وماتدرى

نفس ماذا تكسب غدا وما تدرى نفس بأى أرض تموت ان الله عليم خبير)

وينبني على ذلك أنه لو أقر بشيء لغيره ولو كان المقر له وارثا يؤمر في الحال بتسليمه له اذ يجوز برؤه من هذا المرض فيكون حكم تصرفه كحكم تصرفات الاصحاء ومثل الاقرار جميع تصرفاته من هبة ووقف وبيع وشراء بمحاباة فما دام المريض حيا لا يثبت لاحد حق في الاعتراض على هذا التصرف فاذا مات اجرينا على كل تصرف ما يناسبه من الاحكام المتقدمة — انظر مادة(٥٦١)

وان كان التصرف منجزاً والمتصرف مريض مرض الموت وكان التصرف اخبارياً وهو الاقرار فلا يخلو الحال من أحد أمرين — الاول أن يكون الاقرار لغير وارث — الثاني ان يكون لوارث . فان كان الاول صح الاقرار ونفذ بلا توقف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله . فاذا قال المريض ان لفلان في ذمتي الف جنيه مثلا وكان المقر له اجنبيا منه صح هذا الاقرار ولا حق لاحد في معارضته بل له ان يستوفى كل هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة

وان كان الثاني وهو ما اذا كان الاقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقر به . فان شاؤا انفذوه وان ارادوا الغاءه ابطلوه . ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان المقر به عيناً او ديناً سواء أقر بأن في ذمته لوارثه مائة جنيه مثلا أو كان وارثه مدينا له فأقر بانه قبض منه هذا الدين او من ضامن

(مادة ٥٦١) جميع تصرفات المريض الانشائية من هبة ووقف وضمان ومحاباة في الاجارة والاستئجار والمهر والبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث والمرض الذى يبرأ منه ملحق بالصحة

الوارث في الدين الذى عنده فان هذا كله يتوقف على تصديق الورثة الا في ثلاث مسائل وسنذكرها قريبا

والسبب فى ذلك ان فى هذا الاقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب اعطائه شيئاً من المال بعد ما تعلق حق جميعهم به . وهذا لا ينفذ كالوصية له لما فيه من ابطال حق الباقين . وانما تعلق حقهم بماله لاستغنائه عنه بعد الموت الذى وجد سببه وهو المرض . فلا يمكن من ابطال حق بعضهم بجعل شيء من ماله للبعض الآخر . ومقتضى هذا السبب ان لا ينفذ الاقرار للاجنبي ايضاً الا في الثلث كما فى الوصية له فان زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد الا بتصديق الورثة لان فيه ابطال حقهم بعد ما تعلق بماله فلا يمكن منه وهو القياس ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهرياً لما ورد عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما (اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا ان يصدقه الورثة) فأخذ علماؤنا بهذا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ووجه هذا الاستحسان اننا لولم نقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته فى الصحة حذراً من ضياع اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيلحقه الضرر فلا يحجر عليه بالنسبة لهذا الاقرار لاحتياجه الى المعاملة كما لا يحجر عليه في حق الاجنبي بالنسبة للتبرع له الى الثلث لحاجته الى التقرب الي الله تعالى فيه ولكن يقال ان الحاجة موجودة بالنسبة للوارث ايضاً لان الناس كما يعاملون الاجنبي يعاملون الوارث واجابوا عن ذلك بأنه قلما تقع المعاملة معه لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل

ومثل الاقرار بالدين الاقرار بالعين فاذا اقر المريض لوارثه بأن البيت الفلاني مملوك له فلا ينفذ هذا الاقرار الا بتصديق بقية الورثة اما اذا كان الاقرار لاجنبي فانه ينفذ وان لم يكن له مال غيره بدون احتياج الى تصديق الورثة .

وقيد بعضهم نفاذ اقرار المريض بالاعيان للاجنبي من جميع ماله بما اذا كان الاقرار حكاية عن شيء ثابت في الماضي اما اذا كان الغرض منه ابتداء التمليك توقف الزائد عن الثلث على اجازة الورثة ومعنى ابتداء التمليك في الاقرار ان يكون اقراراً في الصورة وهو في الحقيقة ابتداء تمليك بان يعلم بوجه من الوجوه ان الشيء الذي أقر به ملك له وانما قصد اخراجه في صورة الاقرار لاجل ان لا يكون فيه منع ظاهر على المقر مريداً بذلك الاضرار بالورثة كما يحصل كثيراً في زماننا

ولا فرق في ذلك بين ما اذا ملك الشيء المقر به وهو مريض او ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض وهذا القيد حسن لان هذا ليس اقراراً في الحقيقة اذ حقيقة الاقرار هي الحكاية عن شيء ثابت قبله ولهذا كان الاقرار مظهر الملك المقر له لا سببا للملك كما هو رأى الكثيرين ومما يشهد لهذا التقييد ماذكره في القنية وهو بالمعنى اذا أقر شخص وهو صحيح بان البيت الفلاني الذي تحت يد أبيه مملوك لفلان ثم مات الاب والابن مريض فلا يستحق المقر له البيت الا اذا كان يخرج من ثلث المال لان اقرار الابن متردد بين ان يموت الابن أوّلا فيبطل او الاب اوّلا فيصح فصار كالاقرار المبتدإ في المرض

فهذا كالتنصيص على ان المريض اذا أقر بعين في يده للاجنبي انما

يصح اقراره من جميع المال اذا لم يكن تمليكه اياه في حال مرضه معلوماً حتى يمكن جمل اقراره اظهاراً لحق المقر له لا تمليكا اما اذا علم تمليكه في حال مرضه فاقراره لا ينفذ الا من ثلث المال — وقال في الفصول العمادية اقرار المريض للاجنبي يجوز حكايةمن جميع المال وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدم من التقييد

وقد جاء في مادة (١٦٠١) من المجلة والاقرار لاجنبي صحيح من جميع المال في مرض الموت اذا لم يكن عليه دين الصحة ولم يعلم ان المقر ملكه بسبب هبة او ارث او شراء من مدةقريبة واما اذا علم ان المريض كان ملكه بسبب ماذكر وكان قريب عهد في تملكه فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية ان كان في مذاكرة الوصية والا فعلى الهبة اذا كان معلوماً ذلك عند كثير من الناس فهذا صريح في ان الاقرار لا ينفذ من جميع المال الا اذا كان المقر له مالكا للشيء المقر به والاقرار اظهر ذلك

اما اذا كان الغرض منه ابتداء تمليك في الحال فلا ينفذ الا من الثلث وانما اكثرنا في هذه المسئلة من النقول لان بعضهم ينكر هذا التقييد ولا يفرق بين حقيقة الاقرار ومجازه مع انه في غاية الحسن ولم لم يحمل المطلق على المقيد فيزول ماعندهم من الاشكال

اذا تقرر هذا فينبغي انه متي حصل نزاع في اقرار ورفعت المسئلة الى القاضي بحثها بحث مدقق فينظر الى الاغراض لا الى الالفاظ حتى يصل الى الحقيقة فيحكم بما تقتضيه

ويستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل فالاقرار

فيها نافذ وان لم يصدقه الورثة – الاولى اذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده الف جنيه مثلا على يدشهود سواء كان ذلك فى صحته او فى حال مرضه فأقر المريض بانه استهلكها نفذ وان عارضت الورثة فيه وحيئنذ يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم لان قضاء الديون مقدم على الارث وسبب استثناء هذه المسئلة ان الضمان واجب في تركته وان لم يقر لان الوديعة متى كانت معروفة ومات المودع مُجَهِّلا لها ولم توجد فى تركته ثبت للمودِع أخذ بدلها لان الامانات تضمن بموت الامين غير مبين لها فالاقرار وعدمه في الحقيقة سواء بالنسبة للضمان

الثانية اذا كان للمورث وديعة عندالوارث فأقر وهو مريض بأنهقبضها منه صح هذا وان لم تصدقه الورثة فلا حق لهم في مطالبته بها والسبب فى ذلك انه اذا مات ولم يقر بالقبض فادعى الوارث انه سلمها له في حياته صدق في دعواه من غير اقامة بينة لانه أمين وحكمه ماذكر؛

ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة بل هو شامل لجميع الامانات كالعارية ومال الشركة والمضاربة فتى أقر بقبضها من وارثه نفذ وان لم تصدقه الورثة للسبب المتقدم

الثالثة اذا اقر بقبض ماقبضه الوارث من مدينه بطريق الوكالة فاذا فرضنا ان المورث كان دائناً لشخص ووكل وارثه فى قبض الدين منه ثم اقر وهو مريض بانه استلم الذى قبضه وارثه من مدينه بطريق التوكيل نفذ هذا الاقرار وان لم تصدقه الورثة . لان الوكيل أمين فى مال الموكل فيكون السبب ماذكر فى سابقتها

وقال الامام الشافعي رضى الله تعالى عنه فى أحد قوليه ان اقرار المريض لوارثه نافذ وان لم تصدقه الورثة . ووجه هذا القول ان الاقرار مظهر حقا ثابتاً وقد ترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال فان حال المرض ادل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وهذا جائز بالاتفاق فليكن هذا مثله

وفصل الامام مالك فى ذلك فقال بالنفاذ وان لم يصدقه باقى الورثة ان لم يكن متهماً فيه . و بعدم النفاذ الا بتصديق الورثة اذا كان متهماً . فاذا فرض ان شخصاً مريضاً مرض الموت ليست له ورثة الا بنتا و ابن عم شقيق او لاب فاقر لابنته بشيء من أمواله توقف النفاذ على تصديق ابن العم لانه متهم فيه اذ الظاهر انه يريد تفضيل بنته على ابن عمه ولو كان الاقرار لابن العم نفذ وان لم تصدقه البنت لانه لايتهم فى انه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر انه صادق فى هذا الاقرار فينفذ لعدم التهمة وهو تفصيل يهم المتتبعين للحقائق

واما الامام احمد فهو موافق للامام الاعظم ابي حنيفة — انظر مادتي (٥٦٣ و ٥٦٤)

(مادة ٥٦٣) اقرار المريض بدين لغير وارثه صحيح وينفذ من جميع ماله وان استغرقه وكذا اقراره بعين الا اذا علم تملكه لها في مرضه

(مادة ٥٦٤) اقرار المريض لوارثه باطل الا ان يصدقه بقية الورثة سواء كان اقرارا بعين اودين عليه للوارث اوبقبض دين له من الوارث او من كفيله الا فى صورة ما اذا أقر باستهلاك وديعته المعروفة التى كانت مودعة عنده او اقر بقبضه ما كان وديعة عند وارثه اوبقبض ماقبضه الوارث بالوكالة من مديونه

فالذي علم من هذا ان الاقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فاذن لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذى يناسبه فاصغ للتفصيل الذى يلق عليك حتى يتميزا عن بعضهما وهو ان الشخص المريض اذا أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور اربعة الاول ان يكون وارثاً للمقر وقت الاقرار وليس وارثاً له وقت الموت - الثاني ان يكون وارثاً وقتهما وليس وارثاً فيما بينهما - الثالث ان يكون غير وارث وقت الاقرار ولكنه صار وارثاً وقت الموت - الرابع ان يكون غير وارث وقتهما. فان كان الاول نفذ الاقرار وان لم تصدقه الورثة وينبنى على ذلك انه اذا كان للمريض اخوة وليس له ابن فاقر لاحد اخوته بشيء ثم ولد ابن واستمر حيا حتى مات ابوه اعتبر الاخ أجنبيا منه فيستحق الشيء المقر به اتفاقا لانه غير وارث وقت موت المقر اذ الابن يحجب جميع الاخوة من الميراث - وان كان الثانى وهو ما اذا كان وارثا وقتهما ولم يكن وارثا فيما بينهما ففيه خلاف - فابو يوسف يعتبره وارثا فيقول لا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة ومحمد يعتبره اجنبيا فيقول ينفذ وان لم يصدقوه

ويتفرع على هذا انه اذا أقر الزوج لزوجته وهو مريض ثم ابانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانياً ومات وهي زوجته فلا يكون الاقرار نافذاً الا بتصديق الورثة عند ابي يوسف ويكون نافذاً وان لم يصدقوه عند محمد - ووجه ابو يوسف كلامه بأن العبرة بحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم فلا يعتبر ما بينهما اذ لا تعلق للحكم به خصوصاً وان المقر متهم فى الطلاق ومحمد يقول ان المقر له

لما صار اجنبياً نفذ الاقرار كما لو أنشأه فى هذا الوقت الا ترى انه لولم يتزوجها ثانيا كان نافذاً فلا يؤثر العقد بعد ذلك — وبعضهم قال ان ابا يوسف رجع عن قوله ووافق محمداً

وان كان الثالث وهو ما اذا كان غير وارث وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ففيه تفصيل لان استحقاقه للارث اما ان يكون بسبب موجود وقت الاقرار واما ان يكون بسبب حادث بعده فان كان الاول اعتبر وارثا بالاتفاق فلا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة وان كان الثانى اعتبر اجنبيا اتفاقاً فينفذ وان لم يصدقوه ويتفرع على الاول انه اذا اقر شخص وهو مريض مرض الموت لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت ابيه ومات الاب بعد ذلك فلا يستحق الاخ الشيء المقر به الا اذا صدقه الورثة لان السبب الذى استحق به الارث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجوداً وقت الاقرار ولكنه كان غير وارث وقته لوجود الحاجب له وهو الابن ومثل هذا ما اذا أقر الشخص لاخيه المخالف له في دينه ثم اسلم قبل وفاته لان سبب الارث وهو القرابة كان موجوداً وقت الاقرار وان كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين

ويتفرع على الثاني ان المريض اذا أقر لامرأة اجنبية منه ثم تزوجها ومات وهي على ذمته استحقت جميع المقر به وان عارضت الورثة لان السبب الذي ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجوداً وقت الاقرار

وان كان الرابع وهو ما اذا كان غير وارث وقتهما بأن اقر لشخص غير قائم به سبب من اسباب الميراث ومات وهو كذلك ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له اجنبيا فيستحق جميع المقر به وان لم تصدقه الورثة فاذا اقر

لامرأة اجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات، وهي خارجة عن ذمته اولم يتزوجها استحقت جميع المقر به ولو عارضت الورثة

ومتى عرفت هذه الاحوال يمكنك ان تخرج اى مثال يرد عليك تابعاً للحالة التي هو منها ولا يخفى عليك بعد معرفة ما ذكر ان الوارث هنا يخالف الوارث بالنسبة للوصية اذ المعتبر فيه بالنسبة لها ان يكون وارثا وقت موت الموصى بقطع النظر عن وقت الوصية — انظر مادة (٥٦٥)

ومن التصرفات التي اتهموا فيها المريض ونظروا فيها لحق الورثة اقراره او وصيته لمن ابانها فاذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائنا وهو مريض مرض الموت فأقر لها بدين او اوصى لها بوصية ثم مات من مرضه هذا قالوا ان هذا الطلاق اما ان يكون بطلبها واما ان يكون بغيره فان كان الاول ومات قبل انقضاء عدتها استحقت أقل الشيئين وهما مقدار ماترثه منه والدين المقر به لها او المبلغ الموصى لها به والسبب في ذلك تهمة المواضعة بين الزوجين اذ يجوز ان الزوج يريد ان يعطى لزوجته اكثر مما تستحقه في الميراث لو مات

(مادة ٥٦٥) العبرة بكون المقر له وارثا او غير وارث عند الاقرار ومعنى كونه وارثا عند الاقرار انه قام به سبب من اسباب الميراث ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت فلو أقر لغير وارث بهذا المعنى جاز وان صار وارثا بعد ذلك بشرط ان يكون ارثه بسبب حادث بعد الاقرار كالواقر لاجنبية ثم تزوجها بخلاف ما اذا كان السبب قائما لكن منع مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه مع اختلاف الدين ثم أسلم فانه يبطل الاقرار وكذا لو اقر لاخيه المحجوب باختلاف دين أووجود ابن اذا زال حجبه باسلامه أوموت الابن لا يصح الاقرار لقيام السبب عند الاقرار وزوال المانع عند الموت ولو أقر لاخيه مثلا ثم ولد له ابن واستمر حيا الى الموت يصح الاقرار لوجود المانع عند الموت

وهى على ذمته فيتفقان على طلبها الطلاق لينفتح لهما باب الاقرار او الوصية فيرد عليهما هذا القصد السيئ نظراً لحقوق الورثة ولاتهمة فى اقلهما فيثبت ويعطي لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث ولذا لا تصير شريكة فى اعيان التركة فان مات بعد انقضاء عدتها استحقت كل المقر به او الموصي به لانها والحالة هذه تكون اجنبية منه اذ الارث لا يتأتى بعد انقضاء العدة

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الطلاق بغير طلبها فلها الميراث بالغاً قدره ما بلغ ان مات فى عدتها لانه والحالة هذه يكون هاربا من ارثها فيرد عليه قصده السيئ فترثه فان استمر حيا حتى انقضت عدتها ومات استحقت الوصية او المقر به اذ لا ارث بعد انقضاء العدة وقد تقدم ذلك مستوفى فى طلاق المريض — انظر مادة (٥٦٦)

ومن التصرفات التى جعلوا حكمها حكم الوصية ابراء المريض مدينه من الدين اى التنازل له عنه ولما كان لا يمكننا الحكم على الوصية فى اول الامر بانها تنفذ من ثلث المال او من كله او لا تنفذ فى شيء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصي والموصَى له والموصى به كذلك لا يمكننا الحكم على التنازل عن الدين الا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدين والمتنازل له وهو المسقط عنه والمتنازل عنه وهو الدين فاذن يلزمك ان تلتفت للتفصيل الذى ابينه حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها . وهو الشخص المريض

(مادة ٥٦٦) اذا أقر المريض بدين أو أوصى بوصية لمن طلقها بائنا بطلبها فى مرض موته فلها الاقل من الارث ومن الدين أو الوصية ان مات فى عدتها وان طلقها بلا طلبها فلها الميراث بالغا ما بلغ ان مات فى عدتها

مرض الموت اما ان يكون غير مديون واما ان يكون مديوناً فان كان مديونا فاما ان يكون دينه مستغرقا لتركته او غير مستغرق لها وعلى كل فاما ان يكون الشخص المتنازل له عن الدين وارثاً للمتنازل او اجنبيا منه وان كان اجنبيا فاما ان يكون للمتنازل عن الدين وارث اولا وفى كل من هذه الاحوال اما ان يكون الدين المتنازل عنه أقل من ثلث التركة او مساويا له او اكثر منه واليك الاحكام

فان كان المتنازل عن الدين غير مدين اصلا وكان المتنازل له أجنبيا منه ولم يكن للمتنازل وارث نفذ هذا التنازل ولو استغرق جميع ماله فلا حق لاحد فى المعارضة ولو كان بيت المال لان هذا التنازل يعتبر وصية والموصى له مقدم فى الاستحقاق على بيت المال والمتأخر لا يعارض المتقدم

وان كان المتنازل مدينا وكان دينه مستغرقا لتركته بان كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته الفى جنيه مثلا وتركته تقوّم بمثل هذا المبلغ فلا ينفذ هذا التنازل ولو كان الدين المتنازل عنه قليلا ولا فرق حينئذ بين ما اذا كان المتنازل له وارثا او غير وارث ولكن محل ذلك اذا لم يبرئه الدائنون فان ابرأوه نفذ ولو استغرق الدين المتنازل عنه جميع ماله لانهم اصحاب الحقوق في هذه الحالة وحقهم مقدم فاذا تنازلوا عن حقوقهم نفذ لزوال المانع منه

وان كان المتنازل مدينا ودينه غير مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الف جنيه وتركته تساوى ثلاثة آلاف جنيه نخرج من التركة اولا مقدار ما عليه من الديون ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الديون وهو فى هذا المثال الفا جنيه بالحكم على التنازل فى حالة ما اذا لم يكن عليه دين اصلا وقد عرفته

وان كان المتنازل غير مدين وكان المتنازل له وارثا وكان للمتنازل ورثة غيره فلا ينفذ هذا التنازل الا اذا اجازته الورثة سواء كان الدين المتنازل عنه أقل من الثلث او مساويا له او اكثر منه لاننا اذا نفذناه بدون اجازة الباقي تضرر غيرالمتنازل له بسبب تفضيل المتنازل له عما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذى قدره الله له فى التركة فيؤدى هذا التضرر الى قطيعة الرحم فجعل الشارع لهم الحق فى الاجازة وعدمها منعا لذلك

وان كان المتنازل غير مديون وله ورثة وكان المتنازل له عن الدين اجنبيا منه فان كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفذ التنازل وان لم تجزه الورثة أما اذا تجاوز الثلث فان الزائد يكون موقوفا على اجازة الورثة لان الشارع اعطى للمريض مرض الموت حق التبرع الى ثلث امواله بالنسبة للاجانب وان لم تجزه الورثة فان زاد المتبرع به عنه توقف الزائد على اجازتهم فان اجازوه نفذ لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع فينفذ

ولما كانت الزوجيــة سببا من اسباب الميراث وكان التنازل عن الدين لوارث لا ينفــذ ولو كان المتنازل عنه قليلا الا باجازة بقية الورثة كان تنازل احــدهما وهو مريض مرض الموت عن دين للآخر مثل ذلك في الحـكم فاذا ابرأت الزوجة زوجها عن دين لها فى ذمتــه وهي مريضة مرض الموت أو ابرأها هو وهو كذلك توقف نفاذ هذا الابراء على اجازة بقية الورثة ولو قل الدين المبرأ منــه فان لم يكن لاحدهما وارث غير الآخر نفــذ الابراء ولو استغرق جميع المال لان المنع كان لحق الورثة ولم يوجدوا فينفذ

فاذا فرضنا ان شخصاً له في ذمة غــيره ستمائة جنيه فتنازل الدائن عن

هذا الدين وهو مريض مرض الموت الى مدينه فان كان المتنازل له عن الدين وارثا للدائن فلا ينفذ هـذا التنازل الا باجازة بقية الورثة ولو كانت تركته تقدر بالألوف أوكان غير مدين . وان كان المتنازل له أجنبياً فان كان المتنازل مديونا بدين مستغرق فلا ينفذ أيضاً الا باجازة الدائنين .وان كان دينه غير مستغرق للتركة فان كان هذا التنازل لايضر بحقوق الدائنين بان كان مابقي من أمواله بعد هذا الدين يفي بديونهم نفذ من غير توقف على اجازتهم وان لم يف فلهم الحق في المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم. وان كان المتنازل غير مديون أصلا وكان المتنازل له أجنبياوله وارث فان كان الدين المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بان فرضنا في هذا المثال ان تركة المتنازل تساوى الفا وثمانمائة جنيه او اكثر مما فيهاهذا المبلغ نفذ هذا التنازل وان لم تجزه الورثة وان كان اكثر من الثلث بان كانت جميع أمواله لا تساوي الا تسعمائة جنيه مثلا نفذ الابراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلثمائة جنيه واما الزائد فانه يتوقف على اجازة الورثة فان أجازوه وهم من أهلها نفذ لان المانع قد زال — انظر مادتى (٥٦٧ و ٥٦٨)

وقد علمت ان الشخص متى اقر لغيره بدين وهو صحيح غير محجور

(مادة ٥٦٧) ابراء المريض مديونه وهو مديون بمستغرق غير جائز ان كان المديون أجنبياً منه وابراؤه مديونه الوارث له غير جائز مطلقاً سواء كان المريض مديونا أم لا وسواء كان الدين ثابتاً له عليه اصالة أو كفالة

(مادة ٥٦٨) ابراء الزوجة زوجها في مرضها الذى ماتت فيه موقوف على اجازة بقية الورثة

عليه نفذ هذا الاقرار من كل ماله سواء كان المقر له أجنبيا من المقر أو وارثا له وسواء كان المقر مدينا او غير مدين اما اذا أقر وهو مريض مرض الموت فلا ينفذ اقراره الا اذا كان المقر له أجنبيا ولم يكن المقر مديونا ويترتب على نفاذ الاقرار الزام المقر بكل الديون سواء لزمته فى حال صحته او في حال مرضه ولكن اذا لم يقض المدين الديون حال حياته بل مات وهى في ذمته فلا يكون حكمها واحداً بالنسبة لقضائها بل تقضى ديون الصحة أولا من التركة ثم ديون المرض ولا بأس من ان نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الاجمال تاركين التفصيل الى شرح مادة (٥٨٣) فاعلم ان الاموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته اما ان يتعلق بها حق للغير حال الحياة واما ان لايتعلق بها هذا الحق فان كان الاول كالشيء المرهون والمؤجر اذا عجل المستأجر الاجرة قدم الحق المتعلق بالشيء علي غيره من الحقوق

وان كان الثاني فهناك حقوق اربعة مرتبة كالآتي

أولا التجهيز وهو فعل مايحتاج اليه الميت من حين موته الى حين دفنه بلا اسراف ولا تقتير بل يكون على حسب أمر الشريعة الاسلامية المطهرة

ثانيا قضاء الدين ولكن يقدم دين الصحة على دين المرض عند ماتضيق التركة عن الوفاء بالكل

ودين الصحة هو مالزم الشخص فى حال صحته سواء علم بالبينة أو بالاقرار ومالزمه فى حال مرضه بشرط ان يعلم ثبوته بطريق المعاينة ويسمى الاول دين صحة حقيقة والثاني دين صحة حكما أى انه متساو له في الحكم

ودين المرض هو ما أقر به في مرض موته أو أقر به وهو فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك كمن حكم عليه بالاعدام لارتكابه جريمة القتل وقدم ليقتص منه وليس هناك طريق لاثبات هذا الدين الا الاقرار

وحينئذ نقول ان الدين الذى عليه اما ان يكون لشخص واحد واما ان يكون لمتعـدد فان كان الاول ووفى ما بقي من التجهيز به فبها وان لم يف فان شاء الدائن اسقط الباقي عنه وان شاء تركه لدار الجزاء وان كان الثاني وكانت الديون متساوية فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة او كلها ديون مرض وكان في التركة وفاء بالكل أخذ كل دينه وان كانت التركة أقل من الديون أخذ كل منهما بنسبة دينه فاذا فرضنا ان شخصا توفي وعليه الف جنيه لثلاثة أشخاص أحـدهم له خمسمائة وللثـانى مائتان وللثالث ثلثمائة فان كانت التركة تساوى الف جنيه او اكثر أخذ كل منهم دينه كاملا لان التركة تفى بالـكل وان كانت التركة لاتساوى الا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسبية وحيث ان التركة فى مثل هذا المثال نصف مجموع الديون فيأخذ كل منهم نصف دينـه وذلك ان تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فحاصل الضرب هو ما يستحقه ذلك الدائن

والعمل هكذا ٥٠٠ ÷ ١٠٠٠ = $\frac{١}{٢}$ و $\frac{١}{٢}$ × ٥٠٠ = ٢٥٠

فهذا المبلغ هو مايخص الدائن بخمسمائة واستخراج نصيب الدائن بمائتين ونصيب الدائن بثلثمائة يحصل بمثل هذا العمل ومرجع الطريقتين واحد فاتبع مايسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود

فان لم تتساو الديون فى الحكم بان كان بعضها دين صحة وبعضها دين

مرض فان كانت التركة تفي بالكل أعطى كل دينه وان لم تف قدم دين الصحة فان بقي شيء اعطي لاصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة وانما قدمت ديون الصحة علي ديون المرض لانه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بما في يده لانها حالة العجز عن الاكتساب غالبا فليس له ان يشرك فيه غيرهم

وانما تساوت الديون التي لزمته في حال مرضه باقراره ان كان سببها معلوماً والديون التي لزمته في حال صحته لانه لما علم السبب انتفت التهمة عن الاقرار بل هي ثابتة وان لم يقر فاذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه او اشترى شيئاً وعاين الشهود قبض المبيع او تزوج امرأة بمهر مثلها او استهلك مالا لغيره على رؤس الاشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة لان اثباتها ممكن وان لم يقر فلا مرد لها حيث كانت أسبابها معلومة

ثالثا تنفيذ ما أوصى به من ثلث مابقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فاذا أوصى لشخص أجنبي منه بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنيه ولكن صرف منها فى تجهيزه ثلاثون جنيها وكان عليه مائتان وسبعون جنيها دينا وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين فلا يجاب الى ذلك بل يعطى ثلث الباقي بعدهما وهو مائتا جنيه

فقد علمت من ذلك ان الدين مقدم على الوصية وان كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الدين مثل قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين)

فظاهر هذه الآية ان الوصية مقدمة على الدين لذكرها قبله والجواب عن ذلك ماقاله سيدنا علي كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يبدأ بالدين — والسر في تقديمها في الآيات القرآنية انها تشبه الميراث في كونها مأخوذة بلا عوض فيشق اخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين فان نفوس الورثة مطمئنة الى ادائه لكونه في مقابلة شيء وربما كان الشيء المقابل له موجوداً في التركة ففي تقديم ذكرها بعث على ادائها معه وتنبيه على انها مثله في وجوب الاداء والمسارعة اليه ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي او

رابعا الارث فيقسم باقي التركة على المستحقين له بعد اخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه في شرح مادة (٥٨٤) — انظر مادة (٥٦٩)

فقد ظهر جليا ان الديون بالنسبة لقضائها ليست في درجة واحدة بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض وحينئذ فاذا اراد المريض ان يقضي ديون بعض الغرماء دون البعض الآخر فلا يخلو الحال من احد امرين — الاول ان تكون التركة تفي بكل الديون — الثاني ان لا تكون كذلك . فان كان الاول فلا يعارضه أحد لانه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين اذ كل يستوفي دينه بكامله فلا يثبت له حق الاعتراض سواء كانت الديون

(مادة ٥٦٩) الدين مقدم على الوصية والوصية مقدمة على الارث ودين الصحة مطلقاً سواء علم ببينة أو علم بالاقرار وما لزمه في مرضه بسبب معروف كنكاح مشاهد بمهر المثل وبيع مشاهد بمثل القيمة واتلاف مال للغير مشاهد أيضاً كل ذلك مقدم على ما أقر به في مرض موته ولو كان المقر به في المرض وديعة

مختلفة في الحكم او متساوية فيه

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت التركة غير وافية بجميع الديون فاما ان تكون الديون مختلفة فى الحكم او متساوية فيه فان كان الاول فان أراد أن يقضى الدين القوى وهو دين الصحة فلا حق لصاحب الدين الضعيف فى المعارضة لان حقه مؤخر وان أراد قضاء الديون الضعيفة وهى ديون المرض ثبت لصاحب الدين القوى حق معارضته لتقدم حقه .

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الديون متساوية فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة او كلها ديون مرض ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما فى يده على السواء فاذا فرضنا انه سلم لبعضهم دينه ثبت للبعض الآخر الحق فى استرداده ليأخذ منه بنسبة دينه فلا يختص الآخذ بما اخذ — ولا فرق فى هذا الحكم بين ما اذا كان المأخوذ مهراً او اجرة شيء استوفى منفعته او غيرهما لان ما حصل للمريض من النكاح وسكنى الدار مثلا لا يصلح لتعلق حقهم بعين التركة فيكون فى تخصيصهما باعطاء شيء من ماله ابطالا لحق الغرماء وهو لا يملكه

ويستثنى من ذلك مسئلتان الاولى اذا ادى بدل ما استقرضه فى مرضه الثانية اذا دفع ثمن ما اشتراه فى مرضه بمثل القيمة الا انه يشترط ثبوت كل من القرض والشراء بالبرهان لا بمجرد الاقرار فاذا استقرض المريض الف جنيه مثلا او اشترى بيتاً بما ذكر وكانت قيمته كذلك وقد علم كل منهما بالبرهان ودفع مثل ما أخذه قرضاً للمقرض او ثمن البيت الذى اشتراه سلم لكل منهما ما اخذ فلا حق لباقى الدائنين فى استرداده ليشاركه فيه والسبب فى ذلك انه حصل

في يده مثل ما نقدو حق الغرماء تعلق بمالية التركة لا باعيانها فاذا حصل له مثل مادفع فلا يعد تفويتاً لحقوقهم

ولكن محل ذلك اذا اعطى المريض ما ذكر حال حياته فان مات قبل الدفع فلا يخلو الحال بالنسبة للمبيع من أحد امرين الاول ان يكون موجودا تحت يد البائع الثانى ان يكون سلمه الى المشترى فى حياته فان كان الاول ثبت له حق المنع حتى يستوفى ثمنه فان دفع اليه فبها والا فيباع على ذمة المشترى لانه مملوك له فان كان ثمنه الذى بيع به الآن يساوى ما اشترى به أوّلاً أخذه البائع وان زاد ضم الزائد الى التركة وان نقص اخذ البائع كله ويكون فى الباقي اسوة الغرماء . وان كان الثانى وهو ما اذا سلمه الى المشترى ثم مات قبل ان يدفع اليه الثمن فالبائع اسوة الغرماء ولو وجد المبيع بعينه فى التركة فاذا فرض ان شخصاً باع لغيره بيتاً بخمسمائة جنيه مثلا وقبضه المشترى باذن بائعه قبل أن يدفع الثمن ثم مات ولم يترك سوى هذا البيت وكانت عليه ديون اخرى فقال البائع أنا أحق بهذا البيت أستوفى منه دينى اوّلا فان بقى شيء يأخذه غيري من الدائنين وقال الدائنون لا حق لك فى هذا الطلب بل نحن شركاء في هذا البيت فيقسم بيننا على نسبة دين كل منا فلا يجاب البائع الى طلبه ويجاب الدائنون وحينئذ يباع البيت ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم — وقال الامام الشافعى اذا وجد البائع المبيع في تركة المشتري بعد موته وقبل نقده الثمن كان احق به من سائر الغرماء فيستوفى منه دينه أوّلا لان دينه متعلق بهذا الشيء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حق فيه واستدل الامام الاعظم بدليلين اولهما نقلي والثانى عقلي فالاول قوله عليه الصلاة والسلام (اذا مات المشترى

مفلساً فوجد البائع متاعه بعينه فهو اسوة للغرماء) والمعقول هو ان البائع لما سلم المبيع وقبضه المشترى باذنه فقد اسقط حقه في الحبس حتى يستوفى الثمن فصار المبيع من مملوكات المشترى لا حق للبائع فيه وانما للبائع مطالبة المشتري بالثمن لا غير فيكون دائناً مثل غيره فلا يمتاز عن غيره

وقد يتفق ان دين بعض الدائنين كان ثمن مبيع ايضا وتصرف فيه المشترى قبل وفاته ومن الجائز ان يكون هذا الدائن باع ما باعه للمشترى بعد البائع الذى وجد متاعه بعينه فلو اعطينا من كان متاعه موجوداً وحرمنا الآخر لتضرر مع اتفاقهما فى سبب الدين وليس هناك سبب فى تأخير من لم يجد مبيعه في التركة سوى تصرف المشتري فيه قبل وفاته وليس له دخل في ذلك فيمنع الضرر عنهما بقدر ما يمكن وذلك يكون بالقسمة التناسبية اذ لو اعطينا بعضهم جميع دينه ولم نعط البعض الآخر شيئاً لكان أشد ضرراً من اعطاء كل منهما بعض دينه وهو ظاهر — انظر مادة(٥٧٠)

(مادة ٥٧٠) ليس للمريض أن يقضي دين بعض غرمائه دون البعض عند تساوى الديون حكما ولو كان ذلك اعطاء مهر الزوجة أو ايفاء أجرة بل تشارك الزوجة ومن يستحق الاجرة غرماء الصحة ويستثنى من ذلك ما اذا أدّى بدل ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشتراه فيه بمثل القيمة اذا ثبت القرض والشراء بالبرهان. وان لم يؤد ثمن ما اشتراه فيه أو بدل ما استقرضه فيه حتى مات فالبائع أسوة الغرماء ما لم تكن العين المبيعة باقية فى يد البائع فان كانت في يده يقدم على غيره

الفصل الخامس

فى أحكام المفقود

الأشخاص وان كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم الى أقسام كثيرة الا انه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام الى ثلاثة أقسام — الاول من تحققت حياته — الثانى من تحققت وفاته . الثالث من لايعلم حاله والكلام الآن خاص بالثالث وهو المفقود وهو فى اللغة اسم مفعول من فقدت الشىء اذا أضللته ومعناه فى اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر أحى هو أم ميت وأهله فى طلبه يجدّون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم الميعاد — انظر مادة (٥٧١)

والمفقود اما أن يترك وكيلا قبل فقده واما أن لايترك فان كان الاول فهو الذى يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد لان الوكيل وان كان ينعزل بموت الموكل الا أنه هنا لم تحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفا حتى يتحقق موت موكله

ولذا لو أجر شيئاً من أملاكه قبل غيابه فلا تنفسخ الاجارة مادامت المدة المتفق عليها في عقد الاجارة باقية لان الاجارة وان كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر الا أن هذا لم يتحقق موته . ويترتب على هذا أن المفقود إن كانت له ورثة فلا حق لهم في نزع المال من تحت يد الوكيل لانهم

(مادة ٥٧١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته

لا يستحقون ماله بطريق الارث الا بعد التحقق من الموت وهـذا ليس كذلك وان لم تكن له ورثة فليس لامين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل لانه انما يستولى على الاموال التى لا مستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك الا اذا تحققت وفاته أو حكم القاضى بموته بعد مضى المدة القانونية التى سيأتي بيانها في شرح مادة (٥٧٨) ولا يملك هـذا الوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت لذلك الا باذن من القاضي وقالوا فى توجيه ذلك انه يجوز أن يكون الغائب قد توفى فلا يكون الوكيل وصياً — انظر مادة (٥٧٢)

وان كان الثانى وهو ما اذا لم يترك الغائب وكيلا أقام له القاضى من يحصى أمواله سواء كانت منقولا أو عقاراً وينميها بما يكون فيه المصلحة للغائب فيقبض أجرة أملاكه المستأجرة قبل الفقد ويؤجر غيرها ويقبض الديون التى أقرت بها الغرماء ومثلها الودائع ويخاصم في الحقوق التى وجبت بعقده لانه أصيل فيها وانما نصب القاضى وكيلا في هذه الحالة لانه نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك ان المفقود كذلك كالصبي والمجنون فيملك ماذكر وليس لهذا الوكيل أن يخاصم في الشيء الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له من عقار او منقول فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى فلا يملك

(مادة ٥٧٢) اذا ترك المفقود وكيلا قبل غيابه لحفظ أمواله وادارة مصالحه فلا ينعزل وكيله بفقده ولا تنزع الورثة المال من يده ولا أمين بيت المال ولو كان المفقود لا وارث له أصلا. وليس للوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت الى تعمير الا باذن من الحاكم

الخصومة لان فيه تضمن الحكم على الغائب - انظر مادة (٥٧٣)

ولما كان المفقود عاجزاً عن النظر في مصلحة نفسه والقاضي هو الذى ينظر في ذلك ثبتت له ولاية بيع الشيء الذى يتسارع اليه الفساد من ماله سواء كان هذا المال منقولا أو عقاراً فالاول كالفواكه والحرير والجوخ والثاني كارض او بيت على شاطئ نهر يخشى عليهما منه لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولذا لا تثبت له ولاية بيع ما لا يخاف عليه الفساد او الهلاك لان حفظ الامرين ممكن وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحاً فان ظهرت حياة المفقود سلمه اليه وان حكم بموته بعد مضي المدة القانونية سلمه لمن يستحقه من مورثه — انظر مادة (٥٧٤)

ولكن محل حفظ الثمن المذكور اذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة فان كان انفق القاضي او الوكيل الذى أقامه مقامه عليهم منه ومثل هذا الثمن في الحكم المال الموجود فى بيت المفقود ان كان من جنس النفقة لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الاصول والفروع والزوجة لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه

(مادة ٥٧٣) اذا لم يكن المفقود ترك وكيلا ينصب له القاضي وكيلا يحصي أمواله المنقولة وغير المنقولة ويحفظها ويقوم عليها ويحصل غلاته وريع عقاراته ويقبض ديونه التي أقرت بها غرماؤه

(مادة ٥٧٤) للقاضي أن يبيع ما يتسارع اليه الفساد من مال المفقود منقولا كان أو عقاراً ويحفظ ثمنه ليعطي له ان ظهر حياً أو لمن يستحقه من ورثته بعد الحكم بموته وليس له أن يبيع شيئاً مما لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا لغيرها

من غير قضاء فيكون القضاء اعانة لهم على وصولهم الى مايستحقون فلا يكون قضاء على الغائب ولذا لاينفق على غير من ذكروا كالاخوة والاعمام وغيرهم لان نفقتهم لاتجب الا بقضاء القاضى ولا يجوز القضاء على الغائب

والوديعة والدين مثل ماذكر فى الحكم ولكن لاينفق على الزوجة والاصول والفروع منهما الا اذا كان كل من المودع والمديون مقراً بالوديعة او الدين والزوجية او النسب فان لم يقر بذلك فان كان القاضي يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضاً وان كان يعلم ببعضه يشترط الاقرار بمالم يعلمه . ومتي حكم القاضى على المودع او المدين بالاعطاء وسلم كل منهما الوديعة والدين بأمره فلا يضمنان للغائب شيئاً اذا حضر لان القاضىله ولاية الدفع والاخذ فان سلم كل منهما ماعنده الى الزوجة أو احد الاصول والفروع بغير أمر القاضى فلا يبرأ أمام الغائب اذا حضر من سفره بل يضمن المودَع الوديعة والمدين الدين لتعدى المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه او نائبه وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى نفقة زوجة الغائب والاصول والفروع فلا تكتف بهذا فانه في غاية الاجمال بل ارجع الى المباحث المتقدمة تجد كل ماتريد في هذا الموضوع — انظر مادة (٥٧٥)

ومن حيث ان المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الاحياء او الاموات ولذا نص الفقهاء على ان الاحكام عليه مختلفة فقالوا انه

(مادة ٥٧٥) للوكيل المنصوب ان ينفق على عرس المفقود وعلى أصوله وفروعه المستحقين للنفقة من ماله الحاصل في بيته أو الواصل من ثمن بيع ما يتسارع اليه الفساد أومن مال مودع عند مقر أو دين على مقر

يعتبر حياً فى حق بعض الاحكام ويعتبر ميتا بالنسبة للبعض الآخر -- فيعتبر حياً بالنسبة للاحكام التى تضره وهى التي تتوقف على ثبوت موته

وينبنى على ذلك انه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته التى عقدها قبل فقده بل تستمر كل هذه الاشياء الى ظهور الحال وحينئذ يحكم بحسبها . ويعتبر ميتاً بالنسبة للاحكام التي تنفعه وتضر غيره وهى المتوقفة على ثبوت حياته .

وينبنى على ذلك انه لا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا اوصي له بشيء ومات الموصي وهو مفقود بل يوقف نصيبه في الارث وقسطه في الوصية الى ظهور حياته او الحكم بوفاته فان ظهر انه حى استحق الارث والوصية وان لم تظهر حياته وحكم بموته فالموقوف لاجله من الارث والوصية يكون لورثة المورث والموصي والسبب فى ذلك ان اعتباره حيا انما هو باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير ولكنه صالح لان يدفع به استحقاق غيره لماله فيكون كانه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره.

ومعنى اعتباره ميتاً فى حق هذه الاحكام انه عند عدم ظهور الحال ومضى المدة القانونية يحكم بوفاته ويسرى هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن في الحالة الاولى اذ لو اعتبرناه ميتاً في هذه الحالة لما وقفنا لاجله شيئاً مما يستحقه من غيره مع انه ليس كذلك ولذا كان الظاهر ان يقال انه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الاحكام — انظر مادتي (٥٧٦ و ٥٧٧)

(مادة٥٧٦) المفقود يعتبر حيا فى حق الاحكام التى تضره وهي التى تتوقف على

ولما كان الحكم بالبقاء في هذه الدنيا مستحيلا اذ لا بد لكل شخص من يوم تعتريه فيه المنية والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته الا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتيج الى بيان المدة التى يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقده ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعا اختلفت المذاهب فيها وتشعبت آراء بعضها والذي يؤخذ من كلام الحنفية انه لا يحكم بوفاته الا اذا انقرضت اقرانه من بلده فاذا لم يبق أحد من اقرانه حياً حكم بموته لان الشيء الذي تقع الحاجة الى معرفته يكون طريقه فى الشرع الرجوع الى امثاله وذلك كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر والاحكام الشرعية تبنى على الغالب دون النادر فان تعذر الفحص عن الاقران حكم بموته بعد مدة وقد اختلفوا في تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكم القاضى بموته لان الاعمار في زماننا قلما تزيد على هذه المدة فيقدر بها ومن قائل تقدر بمائة ومن قائل بتسعين لان الغالب فى الاعمار هذا ولكن هذا لا يصح الا اذا قيل ان الغالب فى الاعمار الطوال فى اهل زماننا ان لا تزيد على ذلك ومن قائل تقدر بستين ومن قائل تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلا وعندي هذا أحسن لقوله عليه الصلاة والسلام

ثبوت موته فلا يتزوج عرسه أحد ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته ولا يفرق بينه وبين عرسه ولو بعد مضى أربع سنين قبل ظهور الحال

(مادة٥٧٧) المفقود يعتبر ميتا في حق الاحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا أوصى له بوصية بل يوقف نصيبه فى الارث وقسطه في الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته

« أعمار امتى ما بين الستين الى السبعين » فكانت المنتهى غالبا وأنت خبير بأن هذا الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأى ولذا اختار الزيلعي ووافقه كثيرون انه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد والاشخاص فيجتهد ويحكم بالقرائن الظاهرة الدالة على موته او عدمه اذ من فقد في المهلكة او وقت ملاقاة العدو او مع قطاع الطريق او سافر مريضاً بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فقد لا فى مثل هذه الاحوال ولا شك ان الملك العظيم اذا فقد وانقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل فى مهلكة وما سبب اختلافهم فى المدة الا اختلاف آرائهم فلا معنى للتقدير بمدة معينة فأى وقت رأى الحاكم المصلحة فى الحكم بموته حكم به وهذا هو الاليق بالفقه وبعد الحكم عليه بالموت تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل بعدها للازواج

وهذا الرأى موافق لمذهب الشافعية اذ عندهم لا تقدر المدة بزمن معين على الصحيح بل اذا لم يثبت لدى القاضي موته فانه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التى لا يعيش فوقها غالباً

وفى مذهب الامام مالك تفصيل وهو

من فقد فى بلاد الاسلام وانقطع خبره عن زوجته كان لها ان ترفع الامر الى الحاكم مع بيان الجهة التي تعرف او تظن انه سار اليها او يمكن ان يوجد فيها والحاكم يبحث عنه فى مظنات وجوده بأى طريق يراه مؤديا الى تعرف حاله وبعد العجز عن خبره يضرب لها اجلا وهو اربع سنين فاذا انتهت اعتدت الزوجة عدة الوفاة ويحل لها بعد ذلك ان تتزوج بغيره

ومن فقد في معترك بين المسلمين بعضهم مع بعض وثبت انه حضر

القتال جاز لزوجته ان ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتد الزوجة ولها ان تتزوج بعد العدة ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره فان لم يثبت الا انه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدم فى الحالة الاولى

ومن فقد فى حرب بين المسلمين وغيرهم كان لزوجته ان ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة فاذا انقضت اعتدت وحل لها الزواج بعد العدة ويورث ماله بعد انقضاء السنة — وضرب الآجال لاعتداد زوجة المفقود اذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة اولم تخش على نفسها الفتنة والا رفعت الامر الى القاضي ليطلق عليه متى ثبت له صحة دعواها

اما الاسير ومفقود أهل الشرك فتنتظر زوجته الى تمام عمره واختلفوا فى تقديره ما بين السبعين الى الثمانين — ولما رأى بعض الحنفية أن الحكم في مذهبهم شديد من حيث تقديره بموت الاقران او بمضي المدة المتقدمة قال انه يفتى بمذهب الامام مالك للضرورة كما انه يفتى به فى انقضاء عدة ممتدة الطهر فان الحنفية يقولون ان المرأة متي رأت دم الحيض ولو مرة وانقطع عنها لسبب من الاسباب وكانت متزوجة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضى عدتها الا اذا عاودها الدم فتعتد بثلاث حيض فان لم يعد فلا تنقضى الا اذا بلغت سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة وتمتد بعده بثلاثة أشهر كاملة والمالكية يقولون تنقضي عدتها بسنة كاملة فيفتى بمذهبهم لان هذا الحكم في غاية الشدة بالنسبة للرجال لالتزامهم بالانفاق على المرأة حتى تنقضى العدة وبالنسبة للنساء لطول زمن المدة عليهن لانه من الجائز ان تبقي فى العدة خمسا واربعين سنة كاملة بان تكون

رأت دم الحيض وهي بنت تسع وطلقها زوجها بعد رؤيته ولم تره بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمسا وخمسين وقد تقدم لك هذا المبحث في شرح مادة (٣١٤)

وفصل الامام أحمد فقال ان فقد فى حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفين حال التحام القتال او غرق مركب فسلم قوم وغرق آخرون بحث عنه مدة اربع سنين فان لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها واعتدت زوجته عدة الوفاة وبعد انقضائها لها التزوج. وان فقد فى حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة او سياحة او طلب علم فان التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود الي أهله ففيه رأيان احدهما انتظاره الى مضى تسعين سنة من مولده لان الغالب انه لا يعيش اكثر من هذا الزمن والثاني تفويضه الى اجتهاد الحاكم فينظر ومتى وقع اجتهاده على شيء حكم به ويجتهد الحاكم أيضا اذا فقد وهو ابن تسعين على القول الاول فتأمل يظهر لك مافيه المصلحة من هذه المذاهب انظر مادة (٥٧٨)

ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتاً بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد ويترتب على الاول أن ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته فلا شيء لمن مات قبله لان شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد تحقق موت المورث فاذا فقد شخص عن ثلاثة ابناء ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به

(مادة ٥٧٨) يحكم بوفاة المفقود اذا انقرضت أقرانه فى بلده فان تعذر التفحص عن الاقران وحكم القاضى بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه

والابنان وأولاد الابن موجودون استحق الابنان كل التركة ولا شيء لاولاد الابن لان اباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئا ويترتب على الثاني أن المال الذى وقف لاجله من المورث او الموصي يرد الى ورثة مورثه او ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث او الموصى لا وقت الحكم بموت المفقود

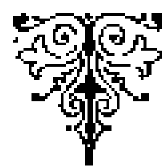
فاذا توفى شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود اخذ الابنان الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر الى ظهور الحال فاذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به اخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذى توفي والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر لان أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثاً عنه ومثله فى هذا الحكم الوصية فاذا أوصى شخص لآخر بألفي جنيه مثلا ومات الموصي والموصي له مفقود وكان الثلث يفى بالموصى به وقف الى ظهور الحال فاذا مات احد ورثة الموصى عن ورثة بعد موت الموصى وقبل الحكم بموت الموصى له وهو المفقود ثم حكم بموته استحقت ورثة المتوفى ما كان يستحقه هو لو كان موجوداً — انظر مادة (٥٧٩)

فان لم تظهر حياة المفقود اتبعنا الاحكام المتقدمة اما اذا ظهرت حياته فى

(مادة ٥٧٩) متي حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته و يرد القسط الموقوف له الي من يرث مورثه عند موته و يرد الموصى له به ان كانت له وصية الى ورثة الموصى وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة وتحل للازواج بعد انقضائها

وقت من الاوقات فاما ان يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة واما ان يكون بعده فان كان الاول ورث ممن مات قبل ذلك من اقاربه واستحق ما كان موصى له به فيأخذ الموقوف لاجله وان كان الثاني فالباقي من ماله في ايدي ورثته يكون له واما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله لانهم لم يستولوا عليه من تلقاء انفسهم بل بحكم من القاضي فلا يكونون متعدين فينتفي عنهم الضمان — انظر مادة (٥٨٠)

ومحل انتظار المفقود المدة المتقدمة قبل اذا لم يدع أحد صاحب شأن انه توفي اما اذا حصل ذلك بان ادعت زوجته او ورثته ذلك فالقاضي يسمع هذه الدعوى ولكن لما كان الحكم لابد ان يكون على حاضر فالقاضي يجعل الوكيل الذى بيده مال المفقود خصما عنه فان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقام عليه الدعوى فيسمعها القاضي ويتحرى عن صدقها بقدر ما في وسعه فان ثبتت لديه بالطريق الشرعى حكم بما تقتضيه — انظر مادة (٥٨١)



(مادة ٥٨٠) اذا علمت حياة المفقود أو حضر حياً في وقت من الاوقات فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه فان عاد حياً بعد الحكم بموته فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له ولا يطالب أحداً منهم بما ذهب

(مادة ٥٨١) اذا ادّعت زوجة المفقود موته أو ادّعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصما عنه وان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوي موته

فهرست

﴿ الجزء الثانى من شرح الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية ﴾

(الكتاب الرابع في الاولاد)

الباب الاول في ثبوت النسب

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ فى ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح ﴾

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها)

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ فى دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك ﴾

﴿ الفصل الخامس في احكام اللقيط ﴾

﴿ الباب الثانى فيما يجب للولد على الوالدين ﴾

﴿ الفصل الاول فى الرضاعة ﴾

﴿ الفصل الثانى فى مقدار الرضاع الموجب للتحريم ﴾

﴿ الفصل الثالث فى الحضانة ﴾

الفصل الرابع فى النفقة الواجبة للابناء على الآباء

الباب الثالث في النفقة الواجبة للابوين على الابناء

الباب الرابع فى نفقة ذوى الارحام

الباب الخامس فى ولاية الاب

الكتاب الخامس فى الوصى والحجر والهبة والوصية

﴿ الباب الاول في الوصى وتصرفاته ﴾

الفصل الاول فى اقامة الوصى

الفصل الثاني في تصرفات الوصي

الباب الثانى فى الحجر والمراهقة والبلوغ

الفصل الاول فى الحجر

الفصل الثاني في سن التمييز والمراهقة والبلوغ

الباب الثالث في الهبة

الفصل الثانى فيما تجوز هبته وما لا تجوز

الفصل الثالث فيمن يجوز له قبض الهبة

الفصل الرابع فى الرجوع فى الهبة

الباب الرابع فى الوصايا وفيه فصول

الفصل الاول

في حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها

الفصل الثانى فى استحقاق الموصى لهم

الفصل الثالث في الوصية بالمنافع

الفصل الرابع في تصرفات المريض

الفصل الخامس في احكام المفقود

اصلاح خطأ

جاء في آخر سطر من صحيفة (١٣٤) من الجزء الثالث ما يأتى (فاذا توفى الزوج عن زوجته وبنت ابن فأعط الزوجة فرضها الخ) وهذا خطأ والصواب ان يقال فاذا توفيت الزوجة عن زوجها وبنت ابن فأعط الزوج فرضه — ثم تسير فى المسئلة على هذا التقدير

